



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

Le fonti e la prassi in materia di asilo

Candidato

Relatore

Marialetizia Polizzi

Prof. Antonio Marcello Calamia

Anno Accademico 2014/2015

INDICE

Introduzione	p. 5
---------------------	------

CAPITOLO I

La qualificazione dello *status* di rifugiato secondo le fonti internazionali

1.	Il diritto di asilo	p. 8
2.	La differenza tra rifugiato, profugo e sfollato	p. 10
3.	Lo status di rifugiato nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo	p. 11
4.	Lo status internazionale di rifugiato nella Convenzione di Ginevra e nel Protocollo di New York	p. 12
4.1	La struttura	p. 13
4.2	Il contenuto	p. 14
4.3	L'ambito di applicazione della Convenzione e del Protocollo di New York	p. 23
4.4	L'ammissione dei rifugiati e il principio di non refoulement	p. 26
4.5	Le cause di cessazione e di esclusione dello status di rifugiato	p. 34
5.	La differenza tra rifugiati e apolidi	p. 41

6.	La protezione dei rifugiati nel sistema di tutela della CEDU	p. 43
7.	I mutamenti della politica migratoria e di asilo all'interno dell'UE	p. 51
7.1	Le azioni di cooperazione intergovernativa: a) gli accordi di Schengen	p. 53
7.2	Segue: b) la Convenzione di Dublino	p. 60
7.3	L'evoluzione della normativa comunitaria in materia di asilo fino al Trattato di Lisbona	p. 65
7.4	La riforma introdotta dal Trattato di Lisbona: l'allineamento definitivo delle norme sull'asilo al metodo comunitario	p. 73
7.5	La direttiva “qualifiche”	p. 76
7.6	Gli aspetti procedurali del diritto di asilo: a) La direttiva “procedure”	p. 95
7.7	Segue: b) La direttiva “accoglienza”	p. 114
7.8	Il Regolamento Dublino III	p. 121

CAPITOLO II

La procedura per l'acquisto e la cessazione dello status di rifugiato in Italia

1.	L'attuazione delle fonti internazionali ed europee nell'ordinamento italiano: a) La ratifica della Convenzione di Ginevra nell'ordinamento italiano	p. 143
----	---	--------

2. Segue: b) L'attuazione della direttiva qualifiche p. 144
3. Segue: c) L'attuazione della direttiva procedure e della direttiva accoglienza p. 154
4. Le fonti proprie dell'ordinamento nazionale sul diritto di asilo dalla Costituzione italiana fino ai giorni nostri p. 160

CAPITOLO III

La prassi applicativa

1. Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
 - 1.1 Il caso M.S.S c. Belgique et Greece: un'ipotesi di trattamenti inumani e degradanti nei centri di accoglienza p. 177
 - 1.2 Il caso Hirsi Jamaa c. Italia: un'ipotesi di violazione del divieto di espulsioni collettive a seguito di intercettazioni in alto mare p. 187
 - 1.3 Il caso Saadi c. Italia e la violazione dell'art. 3 CEDU p. 194
 - 1.4 Il caso Sharifi ed altri c. Italia e Grecia: un esempio di mancato ricorso alla clausola di sovranità a discapito del p. 195
 - 1.5 Il caso Tarakhel c. Svizzera e la qualificazione dei minori come “i più vulnerabili tra i vulnerabili” p. 200
 - 1.6 Il caso Khlaifia e a. c. Italia e il problema del sovraffollamento dei centri di accoglienza p. 207

2.	Le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea	
2.1	Il caso N. S. c. Regno Unito e la difficile determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo	p. 220
2.2	Il caso Cimade e Gisti c. Ministero dell'Interno e l'obbligo per gli Stati richiesti di esaminare la domanda di asilo	p. 222
2.3	Il caso Mohammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia e la difficile qualificazione del sistema di accoglienza italiano	p. 226
2.4	Il caso Abdullahi c. Bundesasylamt e la natura del diritto di asilo come diritto soggettivo	p. 229
2.5	Il caso Zuheyr Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet e la controversa applicazione della clausola di sovranità	p. 236
2.6	Il caso A, B e C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie e il timore di persecuzione legato all'orientamento sessuale	p. 241
	Conclusioni	p. 248
	Bibliografia	p. 252
	Giurisprudenza citata	p. 253

Introduzione

L'uomo fin dall'età preistorica è portato a migrare, gli spostamenti appartengono alla sua natura, per questo si parla di homo migrans. La migrazione consiste nell'abbandono del proprio Paese d'origine (origin country) per stabilirsi in un nuovo Paese cosiddetto “di destinazione” (destination country), servendosi spesso di un Paese di transito (transit country). Le cause della migrazione si possono dividere in economiche, demografiche e politiche, anche se spesso si riscontrano flussi migratori misti: vi sono cioè migranti per ragioni economiche o demografiche che viaggiano assieme a richiedenti asilo; questi ultimi sono spesso definiti come “forced migrants”, in quanto perseguitati nel loro Paese d'origine per motivi politici, religiosi, etnici. Il migrante decide di lasciare il suo paese, ad esempio, in cerca di migliori condizioni economiche – e generalmente per un periodo di tempo non inferiore ad un anno – nonostante goda della protezione dello Stato di cui è cittadino. Per questo si differenzia dal richiedente asilo, il quale non ha la volontà di migrare, nel senso che la scelta di lasciare il paese nativo è dettata dal timore di una persecuzione diretta; se non vi fossero dei fondati motivi rimarrebbe nel suo Paese d'origine¹.

Nonostante vi sia tale distinzione, a livello internazionale e nazionale persiste una scarsa informazione sul fenomeno delle migrazioni forzate ed una visione fortemente pregiudizievole e negativa nei confronti di tale particolare categoria di migranti. Il presente lavoro mira a dimostrare come, la tutela offerta a livello teorico dalle fonti, sia ancora insufficiente a garantire una completa assistenza dei rifugiati e dei richiedenti asilo sul piano pratico. A tal proposito, nel primo capitolo verrà compiuta un'analisi del quadro normativo internazionale

¹ Cfr. E. BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del tratta di Lisbona*, Milano, 2010, p.1 ss.

ed europeo, in particolare la Convenzione di Ginevra del 1951 che costituisce il primo documento che dà una definizione globale di rifugiato e sancisce l'importante principio di non-refoulement.

L'Unione europea, nonostante gli sforzi operati per giungere al tanto auspicato modello di asilo comune a tutti gli Stati membri, non è ancora riuscita a completare tale processo limitandosi alla previsione di due forme di protezione, ossia il riconoscimento dello status di rifugiato o di beneficiario della protezione sussidiaria, che, di fatto, non risultano sufficienti a comprendere tutte le situazioni potenzialmente rientrabili nella fattispecie del diritto di asilo.

Il secondo capitolo sarà dedicato all'analisi del sistema accoglienza vigente in Italia ed alla procedura per l'acquisto e la cessazione dello status di rifugiato. In special modo, con riferimento all'art. 10, comma 3 della Costituzione italiana del 1948 è emersa la mancanza di una legge di attuazione che disciplini in modo organico la tutela del diritto di asilo, sempre che lo si intenda come norma programmatica, e non precettiva. Questo resta per alcuni ancora un problema aperto.

Nel terzo capitolo infine verrà svolta la disamina dei casi più rilevanti della prassi applicativa. Da tale indagine si è potuto evidenziare come ancora una volta la disciplina del diritto di asilo sia “mal funzionante” date l'eccessiva durata della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale e l'insufficienza, se non l'assenza, di politiche finalizzate a favore percorsi di inclusione sociale per i titolari di protezione. Alla luce di flussi migratori in crescita e sempre più frequenti, sarebbe opportuno adottare sia a livello nazionale che a livello internazionale misure strutturali che permettano di operare un equo bilanciamento tra le esigenze di controllo e sicurezza ed i bisogni di accoglienza e protezione dei richiedenti asilo e dei titolari di tale protezione. Solo in tal modo si

potrà dare certezza e effettiva applicazione sia al diritto di chiedere e godere di un'effettiva tutela in caso di accoglienza su un qualsivoglia territorio nazionale.

CAPITOLO I: LA QUALIFICAZIONE DELLO STATUS DI RIFUGIATO SECONDO LE FONTI INTERNAZIONALI

1. Il diritto di asilo

Il termine “asilo” in una prima accezione evoca «un'idea di protezione o di immunità per la propria vita»¹. In questo senso si parla di asilo territoriale, caratterizzato dal fatto che ad accordare l'asilo sia uno Stato all'interno dell'ambito spaziale «in cui esercita pienamente la propria potestà d'imperio»² ed identificabile anche con «la protezione che lo Stato garantisce allo straniero in fuga dalla persecuzione all'interno del proprio territorio»³.

L'asilo può essere anche inteso in un secondo significato, come situazione di colui che si trova in uno stato di fuga dal proprio paese a causa di guerre interne o persecuzioni verso una sorte incerta⁴.

Questa tipologia di asilo è spesso conosciuta come asilo extraterritoriale (o diplomatico), in quanto «accordato da uno Stato terzo fuori dal proprio territorio nell'ambito degli spazi più ristretti sottratti solo parzialmente alla potestà di un altro Stato»⁵ e consiste nell'asilo offerto da uno Stato allo straniero che chiede protezione, nelle sedi delle proprie missioni diplomatiche all'estero e talvolta dei loro consolati, esclusi quelli onorari che concernono i rifugiati politici. La differenza tra i tipi di asilo sopra menzionati è che solo quello

1 M.BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, p.1.

2 E. BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del tratta di Lisbona*, Milano, 2010, p.1 ss., p.49.

3 E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.50.

4 Cfr. CONSORZIO ITALIANO DI SOLIDARIETÀ, *La protezione negata. Primo rapporto sul diritto di asilo in Italia*, Milano, 2005, p.12.

5 E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.49.

territoriale è regolato dal diritto internazionale, mentre quello extraterritoriale non lo è. Di conseguenza se l'individuo che è stato accolto in sede diplomatica e viene in un secondo momento respinto o rinuncia volontariamente al rifugio, lo Stato territoriale di cui possiede la cittadinanza può procedere al suo fermo o all'arresto, senza integrare un illecito internazionale. Questo proprio perché l'asilo extraterritoriale non è norma di diritto internazionale.

Chi fugge possiede «un *proprium* di esperienza individuale»⁶, cioè porta con sé il dolore per il passato e la preoccupazione e la speranza per il futuro. Di fatto, un soggetto quando scappa dal proprio Stato, deve fare i conti con la qualificazione normativa che avverrà da parte dell'ordinamento di destinazione. L'asilo è infatti un potere che appartiene alla sovranità statale e non fa parte della consuetudine dell'ordinamento internazionale, la concessione è percepita da parte dello Stato come un diritto, non un dovere o un obbligo. L'unico obbligo per lo Stato concedente è quello di tolleranza verso gli altri Stati che riconoscono lo status di rifugiato ad alcuni richiedenti asilo⁷. Gli ordinamenti di destinazione, una volta ricevuta la richiesta di asilo, potranno inquadrare il migrante all'interno di categorie quali quelle di rifugiato, profugo, sfollato⁸. In realtà gli ordinamenti di destinazione sono restii a riconoscere queste situazioni giuridiche particolari; si riscontra infatti che, ad esempio, i paesi industrializzati adottano una politica di chiusura delle frontiere: respingono infatti sia chi spera in una migliore realizzazione economica e sociale, sia chi fugge da guerre e persecuzioni⁹. Questo è in parte dovuto al fatto che la disciplina della condizione giuridica dello straniero, ha subito interventi normativi molteplici e confusi, che hanno determinato un'incertezza del diritto.

Vi è infine una terza tipologia di asilo, oltre a quelle menzionate: l'asilo

6 M.BENVENUTI, *op. cit.*, p.4.

7 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 3,4.

8 Cfr. M.BENVENUTI, *op. cit.*, pp. 5,6.

9 Cfr. CONSORZIO ITALIANO DI SOLIDARIETÀ, *op. cit.*, p.12.

internazionale, cioè quello che viene concesso da organizzazioni internazionali – con personalità giuridica – a soggetti che vedono la loro vita in pericolo soprattutto per ragioni politiche; mentre gli accordi di sede con gli Stati del luogo non prevedono la possibilità che individui ricercati per reati comuni possano rifugiarsi nelle sedi di organismi internazionali¹⁰.

2. La differenza tra rifugiato, profugo e sfollato

Da un punto di vista nozionistico il rifugiato è colui che ha subito realmente o può subire in modo potenziale una persecuzione o discriminazione nel proprio paese, ed è quindi costretto a lasciarlo senza poter o voler farvi ritorno e senza usufruire della protezione da parte di questo. I due elementi essenziali che emergono sono quindi: «la persecuzione attuata o minacciata, diretta e di natura politica» e «la rottura del legame tra Stato e cittadino»¹¹. Dal rifugiato si distingue il profugo, cioè colui che abbandona il proprio paese in presenza di determinate circostanze per trasferirsi in un altro paese senza chiedervi asilo; diverrà un potenziale rifugiato nel momento in cui farà richiesta di asilo alle autorità competenti. Ulteriore distinzione va operata rispetto alla figura delle *internally displaced persons* (IDPs) - noti come sfollati – che a causa di conflitti armati, situazioni di violenza, violazione dei diritti umani, o catastrofi naturali, si vedono costretti a lasciare le loro case. Tuttavia, mantenendosi all'interno del confine del loro Paese d'origine, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 2 della Convenzione di Ginevra e non sono qualificabili come rifugiati. Per ragioni di completezza è opportuno ricordare la figura degli apolidi: si distingue tra apolidi *de jure* e apolidi *de facto*¹².

¹⁰ Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.50 ss.

¹¹ E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.5.

¹² Vedi *infra* par 5.

I primi non sono riconosciuti cittadini da alcuno Stato, i secondi non godono dei diritti fondamentali riconosciuti agli altri cittadini. Non tutti gli apolidi sono rifugiati, bensì solo quelli perseguitati nel paese dove hanno stabilito la loro residenza abituale¹³.

3. Lo status di rifugiato nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo

A livello internazionale due sono i documenti principali che descrivono lo status di rifugiato: la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo¹⁴ e la Convenzione di Ginevra del 1951. La prima è composta da trenta articoli in cui sono riconosciuti diritti umani e libertà fondamentali quali: libertà e uguaglianza come caratteristiche innate di ogni uomo in quanto tale fin dalla nascita; «il divieto di sottoporre chiunque a tortura e a trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti; la libertà di movimento e residenza entro i confini di ogni stato e il diritto di lasciare il proprio paese e di farvi ritorno; la libertà di pensiero, coscienza e religione; la libertà di espressione e opinione»¹⁵. Scendendo nella disamina dei suoi articoli più importanti possiamo evidenziare l'art. 14 che recita: “1. Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni. 2. Questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite”. Dall'analisi del primo paragrafo emerge la cristallizzazione del diritto dell'individuo di ricercare asilo dalle persecuzioni in un altro Stato, ma a tale diritto non corrisponde l'obbligo a carico dello Stato di concedere asilo o valutare

¹³ Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 7 ss.

¹⁴ Approvata a New York il 9 dicembre del 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

¹⁵ CONSORZIO ITALIANO DI SOLIDARIETÀ, *op. cit.*, p.23.

la richiesta del soggetto. Pertanto ogni Stato è libero di stabilire criteri e modalità per concedere asilo, con la conseguenza di gravi disparità che mal si conciliano con lo spirito del sistema di tutela dei diritti umani.

Al secondo paragrafo, invece, si percepisce la presenza di un unico limite all'ambito di applicazione del 1 paragrafo: ossia il diritto a richiedere e ricevere asilo in altri Paesi non può essere riconosciuto a chi abbia commesso reati comuni o azioni contrarie a fini e principi delle Nazioni Unite. La ratio di questo limite è evitare la strumentalizzazione del diritto di asilo allo scopo di sfuggire alla giustizia nazionale e internazionale. Tale previsione è in parte ripresa dalla Convenzione americana sui diritti umani che prevede all'art. 22 par. 7 che: “Ogni persona ha il diritto di richiedere e di ottenere asilo in un territorio estero, in accordo con le leggi interne e le convenzioni internazionali, nel caso sia perseguito per reati politici o per connessi reati comuni”. Da questa disposizione emerge un'accezione restrittiva del diritto di asilo. Infatti, questo può essere oggetto di richiesta e può essere ottenuto in territorio straniero, purché si tratti di persecuzione per delitti politici o per reati comuni connessi e “in accordo con le leggi interne e le convenzioni internazionali” vigenti¹⁶.

4. Lo status internazionale di rifugiato nella Convenzione di Ginevra e nel Protocollo di New York

Il più importante intervento in materia di asilo si è avuto con l'approvazione della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951 e del relativo Protocollo del 1967, che chiariscono la definizione di rifugiato, introducendo criteri oggettivi per poter riconoscere soggetti bisognosi di protezione e stabiliscono vincoli per

¹⁶ Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 61, 62.

gli Stati¹⁷. La Convenzione di Ginevra è spesso nota come «Magna Charta Libertatum dei rifugiati»¹⁸ in quanto rappresenta un vero e proprio codice dei diritti fondamentali¹⁹. Il suo scopo è quello di garantire a livello internazionale la protezione e il riconoscimento dei diritti che spettano ai rifugiati e in special modo consentire loro di avere una previsione giuridica condivisa.

4.1 La struttura

Da un punto di vista strutturale, la Convenzione è molto semplice: è ripartita in 7 capitoli con 46 articoli; integrata da un Allegato, denominato “Atto finale” che si articola in 4 parti ed è suddiviso in 16 paragrafi, che concernono modalità di rilascio, rinnovo, proroga di validità del Documento di viaggio per i rifugiati (“Convention Travel Document”, previsto all'art. 28 della Convenzione stessa). L'ultima tra le quattro parti sopra citate merita un approfondimento perché contiene una serie di raccomandazioni ai Governi per quanto riguarda: «documenti di viaggio per i rifugiati; unità familiare; cooperazione tra le organizzazioni intergovernative e non governative qualificate; solidarietà internazionale ai fini dell'asilo e delle possibilità di risistemazione; estensione del “trattamento previsto dalla convenzione” alle persone “che si trovano sul territorio degli Stati contraenti in qualità di rifugiati, che però non rientrerebbero nei termini della Convenzione”»²⁰.

17 Cfr. E.BENEDETTI, *op. cit.*, p. 60 ss.

18 E. BENEDETTI, *op cit.*, p.68.

19 Cfr. A.M. CALAMIA, *Ammissione e allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, p.117.

20 E.BENEDETTI, *op. cit.*, p.97.

4.2 Il contenuto

La Convenzione di Ginevra²¹ offre all'art.1, sezione A, comma 2 una definizione di rifugiato come colui che “a seguito di avvenimenti verificatisi anteriormente al 1 gennaio 1951, avendo un fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o di opinione politiche, si trova fuori del paese di cui è cittadino e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di tale paese”. Primo elemento da mettere in luce è che coloro che rientrano nella definizione sono rifugiati *ipso iure*: non necessitano cioè di un riconoscimento effettivo per poter godere dello status, perché un rifugiato è tale già dal momento in cui integra i requisiti richiesti; infatti il riconoscimento come rifugiato non ha natura costitutiva, bensì dichiarativa²². È importante poi osservare che la definizione di rifugiato non è correlata all'appartenenza dell'individuo richiedente asilo a determinate categorie di persone, ma piuttosto all'ipotesi di persecuzione, subita o temuta, da parte del soggetto a livello generale nel Paese di provenienza²³.

Inoltre dalla disamina di tale articolo emerge la distinzione tra due categorie di rifugiati. I primi sono noti come “rifugiati statutari”: cioè coloro che vengono qualificati come tali sulla base «degli strumenti e accordi internazionali precedenti quali i due *Arrangements* del 1926 e 1928²⁴, oppure la Convenzione sullo status di rifugiato del 1933 e

21 Fu adottata il 28 luglio del 1951, dalla Conferenza dei Plenipotenziari delle Nazioni Unite sullo status dei rifugiati e degli apolidi. Essa entrò in vigore solo il 22 aprile del 1954, in applicazione dell'art. 43,1 comma, che stabiliva la sua entrata in vigore “il novantesimo giorno successivo alla data del deposito del sesto strumento di ratifica o di adesione”.

22 Cfr. F.CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012, p.2.

23 Cfr. E.BENEDETTI, *op. cit.*, p. 68 ss.

24 Il primo concerne le modalità di rilascio dei certificati di identità ai rifugiati russi ed armeni, mentre il secondo applica anche ai rifugiati assiri, turchi ed altri il passaporto Nansen.

quella del 1938 relativa ai rifugiati tedeschi»²⁵, infine il Protocollo addizionale del 1939²⁶, che ne ha esteso l'applicazione ai rifugiati austriaci. Sono compresi poi anche i rifugiati riconosciuti come tali dall'Atto costitutivo dell'Organizzazione internazionale dei rifugiati. La seconda categoria che viene messa in luce è quella dei cosiddetti “rifugiati convenzionali”: cioè coloro che per eventi che precedono l'anno 1951, sono perseguitati per le ragioni indicate espressamente dalla disposizione, che esamineremo più avanti²⁷. Per poter proseguire nell'analisi dell'articolo dobbiamo chiederci cosa si intenda con il termine “avvenimenti”. La giusta definizione viene offerta dal Comitato speciale incaricato della predisposizione del progetto di convenzione, nel suo rapporto al Consiglio economico e sociale. Secondo il Comitato con la parola “avvenimenti” si deve intendere tutti quegli eventi di grande importanza che interessano mutamenti politici o territoriali. Come vedremo più avanti la ratio del limite temporale, non è stata quella di escludere tra i rifugiati coloro che si fossero trovati successivamente in tale condizioni, infatti nella prassi ne abbiamo avuto riscontro: ad esempio, nella risposta di numerosi Stati agli eventi del 1956 subiti dai cittadini ungheresi; prassi che venne poi incorporata in una norma del Protocollo del 1967, che elimina la riserva temporale.

Venendo ora ad un'analisi approfondita della norma, possiamo occuparci dei requisiti per la qualificazione di un soggetto come rifugiato: la fuga dal proprio paese, il fondato timore di persecuzione, motivi specifici di persecuzione e l'impossibilità di avvalersi della protezione del proprio paese di origine. Partiamo dalla fuga dal proprio

25 A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p.119.

26 La Convenzione del 1933 contiene il riconoscimento dei diritti dei rifugiati e i limiti all'ammissione e all'espulsione dovuti a ragioni di ordine pubblico e di sicurezza; mentre la Convenzione del 1938 e il successivo Protocollo addizionale estendono la tutela del rifugiato a profughi tedeschi ed austriaci.

27 Vedi infra par 4.3.

paese: il soggetto richiedente asilo deve essere uscito materialmente ed effettivamente dal paese di provenienza. Questo comporta delle conseguenze: qualora costui sia stato costretto a fuggire per timore fondato di persecuzione, ma si trovi sempre sul territorio dello Stato di provenienza, è escluso dai rifugiati, ma rientra nella categoria delle *internally displaced persons* (IDP). Per questi ultimi la responsabilità grava sullo Stato in cui si trovano, anche se la comunità internazionale deve dare immediata assistenza e rapido supporto agli Stati che ospitano le IDP. Allo stesso modo non è ammessa la qualifica di rifugiato per chi si trova fuori dallo Stato di origine, ma potrebbe avere protezione in una zona diversa da quella di abituale residenza all'interno del Paese di provenienza e non ne usufruisce. In questo caso sarà opportuno procedere alla *internal flight alternative*, cioè il rimpatrio nella zona del suo Stato dove non verrà perseguitato²⁸. Queste due cause di esclusione sono ammesse purché seguano alcune regole: «deve trattarsi di una zona sicura, circostanza che cade qualora l'originaria persecuzione provenisse da agenti dello Stato (sulla base della presunzione che esso abbia il controllo di *tutto* il proprio territorio), o da agenti non statali dai quali lo Stato non sia in grado, in quella zona, di proteggere l'interessato, o qualora la zona non sia accessibile»²⁹.

Il secondo requisito consiste nel fondato timore di persecuzione³⁰. A riguardo lo Stato richiesto deve compiere due ordini di indagini: anzitutto che la condizione dello straniero sia riconducibile ad una persecuzione; poi dovrà valutare la fondatezza della persecuzione nella realtà³¹. Con riferimento al primo aspetto possiamo asserire che il timore è elemento soggettivo che deve essere reale e riferito in modo diretto alla persona che richiede asilo. Esso è necessario per definire la

28 Cfr. F.CHERUBINI, *op. cit.*, p.23.

29 F.CHERUBINI, *op. cit.*, p.23.

30 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.75.

31 Cfr. A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p.121 e ss.

posizione del richiedente rifugio: nel caso concreto si prendono in considerazione «la personalità del richiedente, dei suoi precedenti personali e familiari, della sua appartenenza a un gruppo razziale, religioso, nazionale, sociale o politico, della ricostruzione della sua situazione ed esperienza personale»³². Accanto all'elemento soggettivo, ve ne è uno oggettivo: la fondatezza. Essa comprende in primis la prova ragionevole che la vita sia intollerabile nel Paese di provenienza³³ o lo divenga in caso di rimpatrio; in secondo luogo la verifica della sorte di parenti, amici o membri facenti parte dello stesso gruppo sociale o etnico. Si può quindi desumere che la Convenzione non prevede un accertamento oggettivo in senso stretto, bensì in senso lato in modo da ottenere una conoscenza diretta degli elementi generali relativi alla situazione interna del Paese di provenienza. Solo così si potrà avere una tutela ampia degli individui e porre sullo stesso piano sia le situazioni di danno attuale che quelle di pericolo, purché sorrette da ragionevoli motivazioni. Di fatti lo strumento di tutela offerto dal diritto d'asilo deve essere anche un *quid* preventivo, non deve essere utilizzato e garantito solo dopo che il trattamento persecutorio si è verificato e magari è irreversibile: non si può quindi offrire asilo solo ai soggetti già colpiti escludendo i soggetti a “rischio persecuzione”. Come avremmo potuto notare il termine persecuzione non viene definito dalla Convenzione, che al contrario si limita ad elencare le cause di persecuzione. Questo aspetto non è da considerarsi negativo, bensì positivo, in quanto il concetto di persecuzione potrà più

32 E BENEDETTI, *op. cit.*, p.75.

33 Vi è una prassi minoritaria dei giudici interni secondo cui la presenza di un rischio di persecuzione potrebbe scaturire talvolta da scelte personali volontarie, che possono essere evitate tramite una *reasonable tolerability*, ovvero un comportamento discreto: ad esempio in campo religioso o di orientamento sessuale. Un esempio ci è fornito dalla decisione del Conseil du Contentieux des Etrangers belga in merito all'omosessualità in Iran. Dato che questa in tale paese è tollerata purché non manifestata in pubblico e vissuta privatamente, la scelta di “self-restraint” è tollerabile.

facilmente adattarsi all'evoluzione dell'etica sociale internazionale³⁴. Una definizione di persecuzione si può ottenere attingendo allo Statuto della Corte Penale Internazionale nella parte in cui precisa che: “*«Persecution» means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity group or collectivity*”, ovvero la persecuzione sta a significare la privazione grave e intenzionale dei diritti fondamentali della persona – in violazione delle norme di diritto internazionale – per motivi di appartenenza a una categoria sociale³⁵. Accade spesso che lo status di rifugiato non sia riconosciuto in virtù del fatto che le vittime di una guerra o di una persecuzione siano intere popolazione e non singoli individui.

Come terzo requisito abbiamo i motivi specifici di persecuzione: le ragioni di persecuzioni temute o subite che sono tassativamente indicate dall'art. 1 della stessa Convenzione, anche se è in atto un dibattito per modificarle e ampliarle. In particolare sono: razza, religione, nazionalità, appartenenza a un particolare gruppo sociale o opinioni politiche.

Partiamo dalla “razza”: tale termine superficialmente sembrerebbe da interpretarsi in senso estensivo tale da includere qualsiasi gruppo etnico e anche minoranze all'interno della popolazione. Tuttavia, come emerge da una sentenza della CEDU *Timishev c. Russia*³⁶, si è operato una distinzione tra razza ed etnia: queste seppure correlate, hanno significati diversi. La razza è una classificazione degli essere umani in base all'aspetto: colore di pelle o lineamenti; mentre l'etnia nasce dalla divisione in gruppi sociali basati su lingua comune, fede religiosa, cittadinanza.

È elencata poi la “persecuzione per motivi religiosi” che non può

34 Cfr. A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p.123. e ss.

35 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.75.

36 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p.15.

essere considerata determinante ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato, ma può comunque essere la base per un fondato timore di persecuzione, posto che la Dichiarazione Universale dei diritti umani e la CEDU proclamano la libertà di pensiero, coscienza e religione, la libertà di cambiare religione e la libertà di manifestarla in pubblico o in privato, di insegnarla o praticarla³⁷. Le condotte nelle quali si esplica questa forma di persecuzione – secondo l'Alto Commissario delle Nazioni Unite – sono: il divieto di appartenere a una certa comunità religiosa, di celebrare il culto in pubblico o in privato, di dare o ricevere un'educazione religiosa o le misure gravose di discriminazione imposte agli individui che vogliono praticare la loro religione o appartengono a una comunità religiosa o si sono convertiti³⁸.

Per quanto concerne la persecuzione per motivi di “nazionalità”, presupposto è che il persecutore sia lo Stato di origine, perché qualora si trattasse di un diverso Paese, il rifugiato potrebbe avvalersi della protezione interna e cesserebbe di essere un rifugiato. Secondo l'ACNUR “nazionalità” non è da intendersi come “cittadinanza”, bensì come l'appartenenza di un soggetto a un determinato gruppo etnico o linguistico che talvolta può essere ricondotto al concetto di “razza”; altre volte esso riprende valutazioni di carattere politico, in special modo nei Paesi in cui i partiti si identificano con un particolare gruppo etnico o linguistico. Come nei casi precedenti questo può causare un fondato timore di persecuzione soprattutto nei Paesi in cui vi è una maggioranza dominante che non dà possibilità di esprimersi alla minoranza.

È opportuno approfondire adesso il timore di persecuzione dovuto alla “appartenenza ad un determinato gruppo sociale”. Quest'ultimo si identifica con un insieme di persone che hanno ricevuto la medesima

37 Cfr. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for determining refugee status. Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to status of refugee*, 2011, par. 71, p.16.

38 Cfr. F.CHERUBINI, *op. cit.*, p.16.

educazione ed hanno in comune alcune caratteristiche; conducono vite simili. Questa formulazione ha una portata molto ampia, ricomprende infatti – grazie alla sua elasticità – anche persecuzioni a causa di genere: si riporta il caso di donne che – all'inizio degli anni '80 – avendo subito un trattamento crudele e inumano, in quanto si discostavano dagli usi sociali o religiosi, venivano considerate un gruppo sociale *sui generis* per la qualificazione dello status di rifugiato. Questa causa di persecuzione si atteggia come una categoria residuale, a cui si ricorre se non emergono le altre “cause convenzionali”. Nonostante questa sua caratteristica presenta dei limiti, che variano a seconda dei casi: secondo una teoria riconosciuta nel Nord America il gruppo è individuato sulla base di elementi interni, cioè i suoi componenti devono essere accomunati da una o più caratteristiche immutabili o irrinunciabili; opposta a tale teoria vi è quella seguita dagli australiani che esaltano gli elementi esterni del gruppo: la percezione esterna dei fattori comuni ai componenti del gruppo. Non sono determinanti invece la dimensione del gruppo o la coesione dei suoi membri³⁹.

Nella disposizione si citano poi le “opinioni politiche” come causa di persecuzione: in questo caso il fondato timore di persecuzione si ha quando l'individuo ha idee differenti dal governo del suo Paese e in virtù di esse potrà essere perseguitato, in quanto opinioni non tollerate dalle autorità. Ulteriore elemento è che le autorità abbiano conoscenza di queste idee o che le riconducano al soggetto richiedente asilo e lo considerino responsabile e perseguibile, pertanto è sufficiente anche la percezione che un individuo sia portatore di un'opinione politica diversa dallo Stato di origine. Un esempio pratico si può avere rifacendosi a una sentenza del 1998 della Corte federale canadese, che negò che un cittadino congolese associato al partito di Lumumba

39 Cfr. F.CHERUBINI, *op. cit.*, p.19.

potesse ottenere lo status di rifugiato, per aver meramente affermato che avrebbe combattuto contro l'AFDL(“Alleanza delle Forze Democratiche per la Liberazione del Congo”). È possibile anche che si prospetti il caso di un individuo che non abbia mai manifestato alcuna opinione politica contraria al proprio governo, ma decida di farlo una volta tornato in patria; infatti l'*Handbook* recita “due to the strenght of his convictions, however, it may be reasonable to assume that his opinions will sooner or later find expression and that the applicant will as a result, come into conflict with the authorities”⁴⁰. Quanto appena esposto è collegato all'ipotesi di commissione di un delitto politico: se questo integra una delle ipotesi dell'art.1, par. F, l'interessato non potrà essere riconosciuto come rifugiato⁴¹.

Quarto ed ultimo requisito per ottenere lo status di rifugiato è l'impossibilità di avvalersi della protezione del proprio paese: il richiedente asilo non vuole o non può chiedere asilo alle autorità del suo paese⁴². A tal proposito è opportuno richiamare la Direttiva dell'Unione Europea n° 2004/83/CE del 29 aprile 2004⁴³ relativa alla qualifica dello status di rifugiato. Secondo tale direttiva lo status di rifugiato può essere escluso quando la protezione dell'individuo possa essere garantita “dai partiti o organizzazioni, comprese le organizzazioni internazionali, che controllano lo Stato o una parte consistente nel suo territorio”. Tuttavia, sul piano fattuale tali enti non statali non si sono dimostrati in grado di consentire una tutela adeguata per il richiedente rifugio: in primis perché non essendo parti contraenti dei trattati internazionali sui diritti umani, non possono essere chiamati a rispondere per il mancato adempimento dei trattati sulla protezione dei rifugiati e sulla tutela dei diritti umani; in secondo luogo perché il grado di controllo del territorio da parte loro, non è di facile

40 UNHCR, *op. cit.*, par. 82, p.17.

41 Cfr. F.CHERUBINI, *op. cit.*, p.22.

42 Cfr. CONSORZIO ITALIANO DI SOLIDARIETÀ, *op. cit.*, pp. 24, 25.

43 Vedi infra par. 7.5.

quantificazione e definizione, infatti spesso la loro potestà autoritativa è solo nominale nelle comunità territoriali sulle quali insistono.

Sulla base di quanto esposto finora è importante sottolineare che gli Stati parte della Convenzione di Ginevra, nel momento in cui si trovano di fronte alla richiesta di asilo di un individuo – prima di rifiutare automaticamente – devono valutare attentamente se quest'ultimo abbia accesso alla protezione effettiva nel Paese di origine nel momento in cui si manifesta il bisogno, aiutandosi anche con l'individuazione dell'agente di persecuzione. Tale figura può essere rappresentata in primo luogo dal governo del Paese di provenienza del richiedente rifugio, ovvero dagli agenti statali che si dividono in agenti *de jure* – inseriti da un punto di vista formale nella struttura organica statali – e agenti *de facto* – che operano in concreto per l'apparato statale. In secondo luogo può essere considerato tale anche un "agente terzo non statale", ad esempio un movimento ribelle, una milizia locale o un gruppo criminale che: svolga la sua attività all'interno del territorio dello Stato, sia distinto dal governo statale e le cui operazioni non possano essere fermate dallo Stato perché incapace di opporsi o compiacente⁴⁴.

Dopo aver esaminato i quattro requisiti per rientrare nella nozione di rifugiato, è opportuno analizzare il par. 2 dell'art.1 sez. A della Convenzione stessa, che recita: “nel caso di una persona che abbia più di una cittadinanza l'espressione «il paese della sua cittadinanza» si riferisce al paese di cui essa è cittadina, ed una persona non sarà ritenuta priva della protezione del paese della sua cittadinanza se, senza valide ragioni basate su un giustificato timore, essa non si sia avvalsa della protezione di uno dei paesi di cui è cittadina”. La disposizione citata ha lo scopo di escludere dalla nozione di rifugiato tutte le persone che hanno più di una cittadinanza e che possono

44 Cfr. E.BENEDETTI, *op. cit.*, p. 84 e ss.

avvalersi della protezione di almeno uno degli Stati di cui possiedono la cittadinanza. In ogni caso la protezione nazionale, prevale sulla protezione internazionale. Ci possono essere casi in cui il soggetto pur essendo cittadino, non gode della protezione nazionale che gli spetta: per prospettarsi questa ipotesi è necessario che vi sia un esplicito rifiuto di protezione; tuttavia, se entro un congruo termine non vi è stata risposta alla richiesta di protezione, si considera implicitamente un rifiuto⁴⁵.

4.3 L'ambito di applicazione della Convenzione e del Protocollo di New York

Per comprendere appieno la sfera di applicazione della Convenzione, è necessario esaminare le sue limitazioni anteriormente alle modifiche che il Protocollo addizionale di New York vi ha apportato. La prima limitazione è di carattere temporale, cioè deriva dal momento storico in cui si colloca l'accordo e prevede che gli avvenimenti a seguito dei quali il soggetto richiede lo status di rifugiato debbano essersi verificati anteriormente al 1° gennaio 1951. Peculiare è infatti il periodo in cui nasce tale documento: tra il secondo dopoguerra e l'inizio della guerra fredda, dove in Europa vi erano molti sfollati e rifugiati costretti a lasciare il proprio paese per motivi politici o per sottrarsi alla sovranità degli stati vincitori a seguito delle modificazioni territoriali derivanti da trattati di pace. Lo scopo della riserva era quello di concedere protezione internazionale e tutela giuridica alle persone interessate dai cruenti e tristi eventi di quegli anni, posto che i Governi volevano limitare i loro obblighi alle persone già rifugiate o ai potenziali rifugiati che sarebbero stati coinvolti in conflitti. Ciò che conta, dunque, non è il momento in cui un individuo è divenuto

45 Cfr. UNHCR, *op. cit.*, parr.106, 107, p. 21.

rifugiato o è fuggito dal suo Paese d'origine, bensì il momento in cui sono nate le situazioni di conflitto o di crisi⁴⁶. La seconda limitazione è di carattere geografico, cioè la Convenzione si applica nell'ordinamento dello Stato contraente, solo per soggetti provenienti dall'Europa, quando lo Stato contraente si è avvalso dell'opzione in tal senso⁴⁷ prevista dall'art. 1 par. B⁴⁸. In tal modo rimanevano esclusi, coloro che provenivano da altri continenti. Questo ebbe delle ripercussioni: si cominciò a distinguere tra rifugiati *de iure* e rifugiati *de facto*. I primi ai quali si applicava la Convenzione di Ginevra, provenivano dall'Europa, mentre gli altri – *de facto* – erano sotto il mandato dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati, ex art.6 dello statuto dell'organizzazione e transitavano solamente nel Paese in soggiorno temporaneo che li proteggeva dal *refoulement*⁴⁹. Le due riserve sono venute meno con la stipulazione del Protocollo addizionale relativo allo status di rifugiato avvenuta a New York il 31 gennaio del 1967, cosicché la Convenzione ha acquisito la funzione di protezione dei rifugiati, con riguardo a tutti gli accadimenti che portano i singoli individui o gruppi di individui a ricercare protezione internazionale. Gli Stati che vi hanno aderito, hanno rinnovato l'impegno a rispettare la Convenzione e ad applicare le disposizioni fondamentali sui rifugiati, indipendentemente dalla data limite del 1° gennaio del 1951. Per quanto concerne il rapporto Convenzione-Protocollo, possiamo affermare che il secondo è indipendente, cioè è possibile aderirvi senza essere membri della Convenzione. Si è giunti

46 Cfr. E.BENEDETTI, *op. cit.*, p.72 ss.

47 In particolare l'opzione è stata adottata da tutti gli Stati parte, con l'eccezione di Congo, Monaco, Madagascar e Turchia.

Per una trattazione approfondita del principio di *refoulement* si rimanda al par 4.4.

48 Cfr. N. PETROVIĆ, *op. cit.*, p.22 e ss.

49 Il termine *refoulement* è stato ripreso dal francese ed era usato in ambito militare per indicare un nemico che veniva respinto dalla propria linea di difesa. Nel contesto dell'immigrazione ha invece una duplice accezione: l'atto di condurre con forza l'individuo al confine con lo scopo di espellerlo, ma anche il rifiuto di ammettere persone senza documentazione valida.

alla formazione di questo documento a causa della mancata soluzione ai problemi dei rifugiati, in seguito alla seconda guerra mondiale; infatti inaspettatamente i casi di rifugiati si sono moltiplicati e sono diventati sempre più ingestibili a livello internazionale. L'art. 1 par. 2 recita: “Ai fini del presente protocollo, il termine «rifugiato» indica, salvo per l'applicazione del paragrafo 3 del presente articolo, ogni persona che rientri nella definizione della Convenzione come se le parole «a seguito degli eventi occorsi prima del 1° gennaio 1951 e...» le parole «...a seguito di tali eventi», nell'art. 1 A paragrafo 2 fossero state omesse”⁵⁰.

Per far sì che il diritto di asilo sia effettivo, la Convenzione prevede diversi provvedimenti che lo Stato deve adottare al fine di assicurare al rifugiato standard minimi in merito al godimento dei diritti, in modo da portarlo al livello di cittadino o straniero, prescindendo dunque dal principio di reciprocità. Ecco che si riprende la ratio per cui gli Stati hanno massima libertà nella concessione dello status di rifugiato.

Sempre con riguardo al trattamento del rifugiato è opportuno evidenziare alcuni obblighi a carico dello Stato: in primis l'obbligo di non discriminazione tra i rifugiati a seconda del loro Paese di provenienza (art.3) e «il riconoscimento dello statuto personale (art.12), il diritto del rifugiato a ottenere documenti di identità (art.27) e di viaggio (art.28)»⁵¹. Lo Stato deve poi far sì che il rifugiato possa godere di un trattamento favorevole, almeno pari a quello dei cittadini, in termini di «libertà di praticare la religione e la libertà di istruzione religiosa dei figli (art.4) e riguardo alla protezione della proprietà industriale: invenzioni, disegni, marchi di fabbrica, disegni»⁵². Lo stesso per quanto concerne «il libero accesso alla giustizia (art.16), all'istruzione pubblica (art.22), all'assistenza pubblica (art.23),

50 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 74.

51 E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.93.

52 E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.94.

all'applicazione della legislazione concernente il lavoro e le assicurazioni sociali (art.24)». Deve invece essere garantito un trattamento non meno favorevole di quello accordato allo straniero in generale per quanto concerne l'acquisto di beni mobili e immobili e i diritti connessi, la locazione e gli altri contratti relativi ai beni mobili e immobili (art.13). Si estende poi anche al «diritto di partecipazione ad associazioni politiche e non lucrative e ai sindacati professionali (art.15), per l'accesso all'attività salariate (art.17), alle attività autonome (art.18) ed alle libere professioni (art.19). Infine riguarda anche accesso all'alloggio (art.21), nonché materia di circolazione (art.26)»⁵³.

Principio generale è che nessuna disposizione della Convenzione può ledere i diritti e i vantaggi accordati al rifugiato indipendentemente dalla stessa Convenzione, infatti all'art. 5 prevede che: “nessuna disposizione della presente Convenzione pregiudica gli altri diritti e vantaggi accordati, indipendentemente da questa Convenzione, ai rifugiati”. Ecco che si può evincere la tendenza a interpretare in maniera estensiva i diritti contenuti nella Convenzione, per poter garantire una grado di tutela sempre più ampia ai rifugiati⁵⁴.

4.4 L'ammissione dei rifugiati e il principio di non refoulement

Da una prima osservazione sulla Convenzione sembra che manchi una norma in tema di ammissione. Infatti, a suo tempo, gli Stati avevano scelto di rifiutare qualsiasi forma di impegno formale nei confronti degli immigrati e in sede di riunione del Comitato speciale non fu accolta la proposta di introdurre nel testo una norma precettiva ad hoc sull'ingresso dei rifugiati. Si dovette ripiegare, quindi, su una mera raccomandazione, approvata ad unanimità, che sollecitava i governi a

⁵³ E.BENEDETTI, *op. cit.*, p.94.

⁵⁴ Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 86 e ss.

continuare ad accogliere i rifugiati sul proprio territorio e ad agire con spirito di solidarietà internazionale. Tuttavia nonostante la sua previsione, di fatto non è stata rispettata sia in virtù della sua forza non vincolante, sia per la sua generica formulazione. Secondo un'analisi più approfondita possiamo riscontrare nella Convenzione una tutela concreta del diritto di asilo agli artt. 31, 32, 33. In particolare l'art. 31 è una norma importante in tema di ammissione e prevede il divieto di sanzionare l'ingresso o il soggiorno irregolare dei rifugiati, disponendo che: “gli Stati contraenti non applicheranno sanzioni penali, per il fatto della loro entrata o del loro soggiorno irregolare, ai rifugiati che, arrivando direttamente dal territorio dove la loro vita o la loro libertà era minacciata nel senso previsto dall'art. 1, entrano o si trovano sul loro territorio senza autorizzazione, con la riserva che essi si presentino senza ritardo alle autorità che abbiano ragioni riconosciute come valide della loro entrata o presenza irregolare”. A riguardo due sono le considerazioni da fare: in primis la norma fa riferimento particolare al caso patologico dell'ingresso, cioè ha come destinatari coloro che si introducono nel nostro territorio clandestinamente – non solo gli individui che si presentano alla frontiera. Per tali soggetti si prevede dunque una sorta di impunità, una “salvaguardia” preliminare rispetto alla valutazione che l'ordinamento di destinazione dovrà effettuare, ovviamente prendendo in considerazione le motivazioni della richiesta di asilo – che potrà concretizzarsi anche in un provvedimento di allontanamento⁵⁵. Tuttavia il diritto di presentare domanda di asilo vale per tutti gli stranieri, indipendentemente dalle modalità con cui sono giunti nel Paese di destinazione. Ovviamente gli Stati dovranno prendere in considerazione la domanda di asilo da parte: a) della persona che abbia fatto ingresso nel territorio in cui ritiene di sentirsi sicura; b) della persona che si trova in uno Stato estero quando si

55 Cfr. A.M. CALAMIA, *op. cit.*, pp.124-126.

determinano nel Paese di origine le condizioni per le quali vi sarebbe fondato timore di persecuzione in caso di rimpatrio. La seconda considerazione riguarda il concetto di provenienza diretta a cui si riferisce il primo paragrafo: non deve essere interpretato in senso letterale, ecco che non rileva il mero transito dei richiedenti asilo nel territorio di un altro Stato o il passaggio intermedio attraverso Stati che non sono in grado di offrire una protezione adeguata ed effettiva⁵⁶.

Il paragrafo 2 dello stesso articolo prevede che: “gli Stati contraenti applicheranno agli spostamenti di questi rifugiati solo le restrizioni necessarie; queste restrizioni saranno applicate solo in attesa che lo Statuto di questi rifugiati nel Paese di accoglimento sia stato regolarizzato o che essi siano riusciti a farsi ammettere in un altro Paese. Gli Stati contraenti accorderanno a questi rifugiati un ragionevole termine di tempo e tutte le facilitazioni necessarie ad ottenere l'ammissione in un altro Paese”.

Dalla disamina di entrambi i paragrafi possiamo evidenziare la rilevanza del principio della libertà di movimento con riguardo all'applicazione delle misure di gestione dei flussi migratori da parte degli Stati – in special modo nel periodo di attesa tra la domanda di asilo e l'accoglimento o respingimento della domanda – in termini di trattamento per i migranti. In applicazione del principio di libertà di movimento si può affermare che «nessuna restrizione può essere posta se non quelle previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui»⁵⁷.

Nonostante le considerazioni svolte fino ad adesso, non si può parlare di un vero e proprio diritto soggettivo in capo ai rifugiati, diversamente

⁵⁶ Cfr. A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p.127 e ss.

⁵⁷ E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 82 e ss.

da quanto vedremo emergere dall'analisi dell'art.10, comma 3 della Costituzione⁵⁸. L'art 10, comma 3 della Costituzione infatti attribuisce, diversamente dalla Convenzione, un vero e proprio diritto all'ingresso e impedisce allo Stato di asilo di allontanare lo straniero verso lo Stato dove potrebbe essere perseguitato, tuttavia non prevede un soggiorno illimitato. Questo perché lo Stato territoriale può essere impossibilitato sul piano oggettivo a garantirlo, anche per ragioni economiche, sanitarie, di sicurezza pubblica della comunità internazionale. Pertanto l'asilo potrà essere garantito solo in forma temporanea, cioè in base a un diritto di prima ammissione, supportato anche dalla cooperazione tra Stati in merito a forme di sostentamento e ridistribuzione dei rifugiati accolti dallo Stato di asilo, tra gli altri contraenti. Solo così si potrà raggiungere un equilibrio tra le esigenze dei rifugiati e quelle della comunità internazionale.

Passiamo adesso ad esaminare le disposizioni della Convenzione in merito all'allontanamento, cioè l'art. 32 che al primo comma impedisce l'espulsione dello straniero, se non in presenza di ragioni di sicurezza nazionale o ordine pubblico. Il comma 2 garantisce in ogni caso il pieno esercizio del diritto alla difesa del rifugiato, il quale può fornire le prove a discarico, presentare ricorso e farsi rappresentare in giudizio, sempre che non ostino alla ragioni imperative di sicurezza nazionale. Il comma 3 introduce un obbligo a carico dello Stato di destinazione di concedere al richiedente asilo un tempo ragionevole perché la sua istanza sia soddisfatta da un altro Stato.

La più importante previsione si ha all'art. 33 che prevede il principio del non-refoulement – cioè principio di non respingimento – secondo cui il rifugiato non può essere respinto o espulso, da parte dello Stato, verso le “frontiere dei luoghi ove la sua vita e la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua

⁵⁸ Vedi infra par. 4, Capitolo II.

nazionalità, della sua appartenenza a una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche”⁵⁹. In altre parole non è possibile rimpatriare un soggetto se – nel Paese da cui proviene – verrebbe perseguitato⁶⁰. Ed è qui che non si può non notare la stretta correlazione tra l'articolo in esame e l'art. 1, par. A, n° 2: il primo con “frontiere dei territori” rinvia ai luoghi laddove il rifugiato abbia “giustificato timore d'essere perseguitato per sua razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche”⁶¹. In capo allo Stato vi è dunque l'obbligo di accoglierlo, per poter valutare la posizione politica e la sua eventuale eleggibilità a rifugiato. Se non è presente l'elemento persecutorio, allora lo Stato di accoglienza può restituirlo allo Stato di origine. Se invece il richiedente presenta i requisiti necessari, l'unico obbligo che grava sullo Stato non è quello di accoglierlo, bensì di non respingerlo alla frontiera o rimandarlo nello Stato di origine, ove potrebbe essere perseguitato. In questo secondo caso è quindi possibile stipulare un accordo con uno Stato terzo disposto ad accoglierlo, verificando preliminarmente le condizioni di accoglienza in quello Stato e il rispetto dei diritti fondamentali, basandosi sulla Convenzione e gli altri strumenti di tutela dei diritti umani. Qualora invece il patto non vada a buon fine lo Stato ospitante dovrà continuare a proteggerlo sul suo territorio.

La salvaguardia prevista dal paragrafo 1, non è di carattere assoluto in quanto il successivo paragrafo prevede un'eccezione: cioè l'obbligo dello Stato di non allontanamento, viene meno se lo straniero è percepito come pericoloso per la sicurezza del paese, o se l'individuo

59 Questo divieto si inserisce all'interno del più generale principio di non discriminazione ed è valido per qualsiasi individuo: quindi anche per gli stranieri che non possono essere allontanati verso Paesi nei quali subirebbero torture o trattamenti inumani e degradanti.

60 Cfr. A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p.127 e ss.

61 Cfr. F.CHERUBINI, *op. cit.*, p.44.

ha subito una condanna definitiva per un crimine o un reato tanto grave da costituire una minaccia per la comunità nazionale⁶².

La ratio di questa norma è quindi quella di proteggere lo Stato ospitante, per evitare che il principio di non refoulement sia usato per attentare alla stabilità dello Stato. Il primo caso citato lascia una soglia di discrezionalità agli Stati, in modo che detengano il potere di determinare quando vi siano elementi sufficienti a integrare un pericolo per la sicurezza dello Stato ospitante. Il pericolo ovviamente deve essere attuale o futuro⁶³, tuttavia è possibile un allontanamento per comportamenti precedenti; non deve riguardare lo Stato in sé per sé ma la sua sicurezza: a tal proposito possiamo richiamare l'esempio della conquista dello Stato ospitante o il rovesciamento del suo governo, cioè tutti quegli atti idonei a mettere fine allo Stato in modo illegale.

L'altro caso menzionato nell'art. 33, par. 2, è integrato dal pericolo per la comunità dello Stato ospitante e dalla condanna definitiva per la commissione di un particolare e grave reato, ma presenta molteplici fattori dei quali è opportuno tener di conto: «la gravità del reato, le circostanze nelle quali è stato commesso, la sua possibile reiterazione e la natura del bene rispetto al quale il rifugiato costituisce un pericolo»⁶⁴. La condanna deve avere alcuni requisiti sostanziali e procedurali, soprattutto nel caso in cui la sentenza sia pronunciata da un giudice straniero a seguito della commissione del reato in un paese terzo. In tale ipotesi il giudice chiamato a valutare se i presupposti del par. 2 dell'art. 33, non potrà considerare la sentenza come un dato di fatto, ma dovrà confrontarla con la disciplina interna relativa ai

⁶² Vedi nota 61.

⁶³ La sentenza sul Caso Suresh – emanata dalla Corte suprema canadese - ha introdotto in tema di terrorismo la nozione di pericolo indiretto: quando le attività terroristiche nelle quali il rifugiato è coinvolto, si svolgono all'estero, sussiste comunque un pericolo per il paese ospitante e si applica l'eccezione di cui all'art. 33, par. 2.

⁶⁴ F. CHERUBINI, *op. cit.*, p.76.

presupposti sostanziali e procedurali e farne emergere una congruenza⁶⁵.

In conclusione, il divieto di non respingimento può essere considerato in una duplice accezione giuridica: da un lato, vi è il divieto per lo Stato territoriale di respingere lo straniero in un Paese dove potrebbe essere perseguitato; dall'altro, lo Stato non può respingere chi potrebbe patire sofferenze o subire gravi violazioni dei propri diritti per eventi oggettivi come una guerra civile. La ratio sta nel sentimento di umanità: lo Stato deve valutare se il respingimento possa mettere in pericolo la vita o arrecare grave danno allo straniero. Da qui emerge l'obbligo per lo Stato di adottare tutte le misure preventive e repressive atte a impedire danni gravi e concreti allo straniero, possibile conseguenza di una sua eventuale espulsione.

Essendo, infine, l'art. 33 una delle disposizioni fondamentali, non vi è possibile opporre riserva qualora uno Stato decida di aderire alla Convenzione; ve ne è fatto espresso divieto nei successivi artt. 36-46, che disciplinano aspetti tecnico-giuridici quali: informazioni sulle leggi e regolamenti nazionali, relazioni con le convenzioni precedenti, risoluzione delle controversie, firma, ratifica ed adesione ed infine clausola di applicazione territoriale⁶⁶.

Possiamo dunque affermare che la Convenzione di Ginevra è stato il primo documento a livello internazionale che ha affrontato le tematiche dei rifugiati disciplinando le condizioni per l'acquisto dello status e i diritti e gli obblighi che ne derivano⁶⁷, ma in ogni caso - al pari degli altri strumenti di diritto internazionale - non vincola gli Stati a concedere asilo, nel momento in cui un soggetto ne fa richiesta di ottenimento. Gli Stati sono titolari di un potere discrezionale, ma non

65 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 65 e ss.

66 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 76 e ss.

67 Cfr. CONSORZIO ITALIANO SOLIDARIETÀ, *op. cit.*, p. 25.

assoluto: devono infatti rispettare i diritti umani del richiedente e valutare la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento dello status di rifugiato, in via preliminare a un eventuale respingimento o espulsione dell'individuo. Ecco che si è giunti all'affermazione di un principio generale e inderogabile secondo cui lo Stato non può respingere un individuo verso un luogo ove sia appurato che i suoi diritti fondamentali possano essere violati. Ulteriori due osservazioni è opportuno fare: la prima ha un'accezione negativa nel senso che la Convenzione non definendo cosa intenda per “sicurezza nazionale” e “ordine pubblico” lascia un ampio margine di discrezionalità in capo agli Stati. Lo stesso vale per le “ragioni imperative di sicurezza nazionale” – che costituiscono eccezione al diritto del rifugiato di fornire prove, presentare ricorso e farsi rappresentare in giudizio – e che per la loro ampiezza possono essere riempite di contenuti da parte di singoli Stati, causando un'incertezza del diritto. La seconda osservazione ha invece carattere positivo e deriva dal rapporto di sussidiarietà tra Convenzione di Ginevra e disciplina interna: cioè la garanzia internazionale è residuale rispetto alla garanzia di diritto interno e per questo spesso è meno avanzata. Da un altro punto di vista, comunque, la garanzia internazionale si presenta come ulteriore a quella interna e la sostituisce nel caso in cui la seconda non sia riuscita nei suoi obiettivi. La disciplina internazionale è una garanzia aggiuntiva ed il suo rispetto è posto sotto la vigilanza degli Stati contraenti.

In conclusione, la Convenzione di Ginevra costituisce ad oggi l'asse portante della protezione internazionale che deve essere garantita dagli Stati⁶⁸.

68 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 99.

4.5 Le cause di cessazione e di esclusione dello status di rifugiato

Lo status di rifugiato può cessare quando i presupposti per il riconoscimento vengono meno; questo perché la Convenzione non contempla una protezione permanente, ma una protezione temporanea destinata a decadere⁶⁹. I casi più rilevanti si collocano all'art.1 paragrafi C ed F⁷⁰. L'art.1 sezione C recita: “la presente Convenzione cesserà di applicarsi ad ogni individuo ricompreso nei termini della sezione A se: 1) ha volontariamente scelto di avvalersi della protezione del paese di sua cittadinanza; o 2) avendo perso la sua cittadinanza, volontariamente l'ha riconquistata; o 3) ha acquistato una nuova nazionalità, ed usufruisce della protezione del paese della sua nuova nazionalità; o 4) si è volontariamente ristabilito nel paese che aveva lasciato o fuori dal quale era rimasto per paura di persecuzioni; o 5) essendo cessate di esistere le circostanze a seguito delle quali esso è stato riconosciuto come rifugiato, non può più continuare a rifiutare di avvalersi della protezione del paese del quale ha la cittadinanza. Restando inteso, tuttavia, che le disposizioni del presente paragrafo non si applicano ad ogni rifugiato menzionato al par. 1 della sezione A del presente articolo che può invocare, per rifiutare di avvalersi della protezione del paese del quale ha la cittadinanza, ragioni imperative derivanti da precedenti persecuzioni; 6) trattandosi di un individuo che non ha cittadinanza se, avendo cessato di esistere le circostanze a seguito delle quali è stato riconosciuto come rifugiato, è in grado di ritornare nel paese nel quale aveva la sua residenza abituale; restando inteso, tuttavia, che le disposizioni del presente paragrafo non si applicano ad ogni rifugiato previsto al par. 1 della sezione A del presente articolo che può invocare, per rifiutarsi di tornare nel paese nel quale aveva la sua residenza abituale, ragioni imperative derivanti

69 Cfr. E.BENEDETTI, *op. cit.*, p. 95.

70 Cfr. F.CHERUBINI, *op. cit.*, p. 25.

da precedenti persecuzioni”. Sulla base dell'esame di questo articolo le cause di cessazione possono essere raggruppate in tre categorie. La prima è costituita dal caso in cui il rifugiato non vuole più avvalersi della protezione dello Stato di origine e riguarda in altre parole i mutamenti della sfera personale del rifugiato: «cioè la riassunzione volontaria della protezione nazionale»⁷¹. Secondo l'Alto commissario devono essere presenti ulteriori condizioni: la decisione dell'individuo deve essere intenzionale, volontariamente assunta dal rifugiato e deve effettivamente far ottenere la protezione da parte dello Stato di cittadinanza. Il fatto che la scelta del soggetto debba essere intenzionale comporta che non è necessario accertare che il rischio di persecuzione sia venuto meno, ma si tratta di verificare che la manifestazione di volontà del rifugiato di volersi avvalere della sua protezione; ad esempio: rimpatriando per un certo lasso di tempo o richiedendo un passaporto al proprio Stato di origine. In questo ultimo caso, infatti, l'Alto commissario ritiene che vi sia una presunzione desumibile dalla condotta del rifugiato: «if a refugee applies for and obtains a national passport or its renewal, it will, in the absence of proof to the contrary, be presumed that he intends to avail himself of the protection of the country of his nationality»⁷². Anche altre ipotesi di condotta integrano tale categoria: «il riacquisto volontario della cittadinanza, l'acquisto di una nuova cittadinanza, ristabilimento volontario della residenza nel Paese rispetto al quale sussisteva il timore di persecuzione»⁷³. Ovviamente non sono inclusi i casi in cui l'acquisto di cittadinanza avvenga per effetto automatico di un matrimonio; né nell'ultimo caso, l'ipotesi di un rimpatrio forzato o visite ai parenti o amici che si trovano nello Stato di origine. La seconda categoria riguarda il caso in cui il rifugiato acquista una nuova

71 E.BENEDETTI, *op. cit.*, p. 96.

72 UNHCR, *op. cit.*, par.121, p. 25.

73 Vedi nota 72.

cittadinanza e può dunque godere della protezione del Paese di cui è divenuto cittadino, ad esempio per matrimonio. È opportuno notare che a differenza della prima categoria non rileva l'intenzione del rifugiato, ma l'acquisto della nuova cittadinanza, può avvenire anche contro la volontà del rifugiato.

Nella terza categoria, invece, si annoverano le ipotesi in cui sia venuto meno il rischio di persecuzione nel Paese di provenienza e il rifugiato non può più continuare a rifiutare la protezione dello Stato di cui è cittadino oppure in caso si tratti di apolide che sia in grado di tornare nel Paese in cui aveva residenza abituale. Il venir meno della persecuzione deve essere fondamentale, duraturo ed effettivo. Fondamentale perché deve riguardare una riforma della struttura sociale dello Stato; duraturo almeno 12 o 18 mesi a seconda delle circostanze; effettivo perché deve aver reso lo Stato di provenienza un luogo sicuro⁷⁴.

La verifica che dovrà essere condotta si svolgerà con procedura individuale, come la procedura del riconoscimento dello status e qualora si appuri il venir meno dei presupposti non implica comunque il rimpatrio automatico. Nel caso in cui però si proceda al rimpatrio, questo deve rispettare certamente le norme internazionali, e soprattutto avvenire in sicurezza, con dignità e con modalità che consentono alla persona di stare in sintonia con gli strumenti internazionali che regolano gli obblighi degli Stati in materia di trattamento degli stranieri. La migliore delle soluzioni prospettabili sarebbe il rimpatrio volontario; in mancanza una seconda possibilità sarebbe l'integrazione definitiva nella comunità dello Stato ospite, come segnalato dall'art. 34 della Convenzione: “Gli Stati contraenti faciliteranno, il più possibile, l'assimilazione e la naturalizzazione dei rifugiati. Si sforzeranno in particolare di accelerare la procedura di naturalizzazione e di ridurre il

74 Cfr. F.CHERUBINI, *op. cit.*, p. 24 e ss.

più possibile le tasse e i costi di questa procedura”. Infine la terza opzione sarebbe quella del re-insediamento della persona in uno Stato terzo da cui ottenga la cittadinanza o la residenza. Alcuni Stati però prevedono forti limitazioni che ostacolano l'accesso di molti stranieri: ad esempio le quote, il possesso di determinate qualifiche, oppure provvedono all'esame della richiesta solo in caso di ricongiungimento familiare o legami culturali⁷⁵.

Veniamo ora a esaminare le cause di esclusione dello status di rifugiato. In proposito, rileva l' art.1, par. F della Convenzione, dove ve ne sono indicate tre: “le disposizioni di questa Convenzione non saranno applicabili alle persone delle quali si abbiano serie ragioni per credere: a) che esse hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, ai sensi degli strumenti internazionali elaborati per prevedere disposizioni relative a questi crimini; b) che esse hanno commesso un grave reato comune fuori dal paese di accoglimento prima di esservi ammesse come rifugiati; c) che esse si sono rese colpevoli di atti contrari ai fini ed ai principi delle Nazioni Unite”. Lo scopo di questa disposizione è evitare che la tutela dei rifugiati sia messa a repentaglio e usata per proteggere soggetti colpevoli di reati, soprattutto quelli che sono riconducibili a crimini contro l'umanità, contro la pace o crimini condannati dalla comunità internazionale. In altre parole il diritto di asilo vuole essere riservato a coloro che siano effettivamente bisognosi e meritevoli di tutela. Ovviamente le clausole di esclusione hanno natura di eccezione: derivano dall'analisi del caso concreto in senso restrittivo. Partiamo dalla prima ipotesi – lett. a) – che si basa sulla commissione di crimini contro la pace, di guerra e contro l'umanità, senza fare però alcun riferimento al crimine di genocidio; tuttavia non si tratta di una vera e propria lacuna in quanto potrebbe essere fatto rientrare nella lett. c)

⁷⁵ E.BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 96, 97.

dove si parla di “colpevolezza di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite”. Venendo ora ad esaminare i crimini contro la pace, possiamo dire che si possono riscontrare sia in ambito individuale, che di gruppo o in organizzazioni statali e comprendono certamente l'aggressione, intesa come “planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over[...]”, ai sensi dell'art. 8Bis dello Statuto della Corte penale internazionale⁷⁶.

I crimini di guerra sono invece definibili in base all'art. 8 lett. c): presa di ostaggi, “violenza alla vita di una persona, in particolare omicidio di bambini, mutilazioni, trattamenti crudeli e torture”, riguardano solo ipotesi di conflitti non internazionali e non comprendono alle “situazioni interne di tensioni, litigi, casi isolati e sporadici di atti di violenza o altri atti di simile natura”⁷⁷. Infine i crimini contro l'umanità sono disciplinati all'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale e si esplicano in atti gravi contro la persona, compresi l'omicidio, lo stupro, la sparizione forzata, la tortura, in circostanze quali attacchi sistematici contro la popolazione civile, con cognizione dell'attacco. Gli attacchi terroristici quindi sono ricompresi nella terza categoria solo qualora superino una certa soglia di gravità, altrimenti rientrano nelle prime due categorie. Un esempio ci è fornito dalla sentenza della Corte suprema britannica che ha negato che l'appartenenza al gruppo antigovernativo c.d. Tigri Tamil implicasse la commissione di crimini contro l'umanità da parte dello stesso.

⁷⁶ La Conferenza di revisione di Kampala del 2010 ha modificato tale art. ha voluto che tale crimine non verrà sottoposto alla giurisdizione della stessa Corte penale internazionale prima del 1° gennaio 2017, sempre che nel frattempo due terzi degli Stati parte della Review Conference decideranno di approvare l'emendamento allo Statuto (che vuole l'introduzione dell'art. 8Bis) e si sia verificata, almeno un anno prima di tale decisione, la trentesima ratifica.

⁷⁷ È importante ivi ricordare il caso di un membro dell'esercito canadese al quale fu attribuita da parte dei giudici canadesi (sentenza 19 novembre 2008, Immigration Refugee Board), la commissione di presunti crimini di guerra commessi nel 1991. In ragione di tale condanna fu escluso dallo status di rifugiato.

Elemento comune a tutte e tre le ipotesi è quello del “serious reasons for considering”: ciò comporta che non sia essenziale una sentenza di condanna, ma al contrario siano sufficienti prove rilevanti per incriminare l'individuo di fronte a un tribunale interno.

La lett. b) prevede i “serious non-political crime” e introduce due limitazioni (diversamente da lett. a) e c)): il reato deve infatti essere commesso fuori dal territorio dello Stato di rifugio e prima di farvi ingresso.

Il termine crimine va inteso in senso atecnico, prescindendo dai singoli ordinamenti nazionali (ad esempio il nostro ordinamento si distingue tra reati, delitti e contravvenzioni) e anche dalla comunità internazionale, non essendo prevista una categoria di crimini comuni internazionali. Pertanto è sufficiente che il crimine sia tale con riferimento all'ordinamento dello Stato ospitante: solo questo potrà negare la protezione al soggetto ritenuto non meritevole. Portiamo l'esempio del reato di insolvenza patrimoniale: ammesso che non sia reato politico, non rientra nella clausola di esclusione. Secondo l'ACNUR gli Stati devono basarsi su una serie di criteri: la natura dell'atto, il danno attuale, la procedura usata per commettere il crimine, la natura della pena, e se la giurisprudenza maggioritaria considera tale crimine grave. Il crimine deve inoltre essere un crimine non politico, bensì comune. La norma deve fare i conti con i trattati, anche di estradizione, che talvolta per non far rimanere alcuni crimini impuniti, costringono gli Stati a non classificarli come politici. Tuttavia vi sono alcuni trattati che prevedono una clausola di salvaguardia: ad esempio l'art. 3, par. 2 della Convenzione europea di estradizione, prevede la sua esclusione quando la “parte richiesta ha seri motivi per credere che la domanda d'extradizione motivata come un reato di diritto comune è stata presentata con lo scopo di perseguire o punire un individuo per ragioni di razza, religione, nazionalità, o opinioni politiche o che la

condizione di questo individuo arrischi di essere aggravata per l'uno o per l'altro di questi motivi". L'Alto commissario, per distinguere tra reato comune e reato politico e per far fronte al fenomeno suddetto, ha introdotto il cosiddetto *predominance test*: l'atto ha natura politica solo se tale carattere è prevalente; quindi vi rientrano tra i reati comuni atti di violenza quali quelli terroristici, perché i mezzi utilizzati sono sproporzionati rispetto allo scopo che si sono prefissati. In realtà questi rientrano più facilmente nella terza categoria in esame, cioè la lett. c) che riguarda: "Atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite", che include anche gli atti compiuti dai membri di un governo e diretti a attuare politiche contrarie al rispetto dei diritti umani, al mantenimento della pace e ad altri scopi e principi della Carta delle NU, se non integrano altri crimini. Per concludere è importante effettuare un raffronto tra i paragrafi C ed F che abbiamo sopra esaminato. Un primo elemento di differenza è costituito dallo scopo: il par. C si prefigge lo scopo di restituire la tutela al rifugiato - anche quando le ragioni per le quali il soggetto richiedeva protezione altrove - al paese di cittadinanza o di residenza. Mentre il par. F è strumentale alla necessità di escludere dai rifugiati coloro che hanno commesso crimini gravi e non meritano la tutela della Convenzione.

Secondo elemento di discriminazione si ha a livello procedurale: nelle ipotesi di esclusione il regime è quello previsto per l'accertamento dello status: esame individuale, dell'onere della prova riguardo all'esistenza di cause di cessazione a carico dello Stato e la possibilità di presentare un appello ad un'istanza giudiziaria, in caso di decisione negativa. Mentre tra le cause di esclusione vi sono ipotesi in cui i termini "inclusione" ed "esclusione" possono essere invertiti, valutando prima l'esclusione: in particolare quando vi sia una formale incriminazione di fronte a un tribunale internazionale; quando vi siano prove rilevanti ed evidenti della commissione di un crimine, in special

modo se contrario agli scopi e ai principi delle NU⁷⁸.

5. La differenza tra rifugiati e apolidi

Nella prassi capita spesso che una stessa persona possieda sia lo status di rifugiato, sia quello di apolide. Tuttavia, vi possono essere anche apolidi che non rivestono il ruolo di rifugiato, o rifugiati che non sono apolidi. Questi due status si distinguono sotto molteplici aspetti: il primo è quello dei presupposti, infatti l'apolide ha alla base un fatto tecnico, che si configura come un conflitto negativo tra ordinamenti, dovuto a insufficienza o discordanza delle legislazioni nazionali, in questo caso si parlerà di apolide *de iure*⁷⁹. Vi potrà essere anche un apolide *de facto* – cioè quando manca una concreta protezione e assistenza dell'individuo – anche se in realtà viene ridotto a mero «preludio allo status di rifugiato o a quello di apolide *de iure*»⁸⁰. Di fatto l'apolide gode di una tutela minore rispetto al rifugiato, questo è in parte dovuto a un altro elemento di differenza tra i due status: la qualità di rifugiato è un *quid* temporaneo, mentre la condizione di apolide è permanente, salvo l'acquisto della cittadinanza dello Stato in cui risiede.

Al par. 1 dell'art.1 della presente Convenzione di NY del 1954 si definisce apolide colui che nessuno Stato riconosce come proprio cittadino. Sono considerati cioè degli “stranieri in negativo” dall'intera Comunità internazionale. Per quanto concerne l'ambito di applicazione della Convenzione, si può affermare che è rivolta solo agli apolidi che non siano anche rifugiati o per soggetti che hanno commesso crimine grave, ovvero che si siano resi colpevoli di comportamenti contrari ai fini e principi delle Nazioni Unite. Mentre è esclusa la sua

78 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 24 e ss.

79 Cfr. A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p. 149 e ss.

80 A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p. 150.

applicabilità per le persone che per le autorità competenti dei paesi tra i quali vi sono persone che hanno stabilito la loro residenza abituale, come gli aventi diritti e obblighi derivanti dal possesso della cittadinanza di quel paese; infatti le norme della Convenzione operano solo nei confronti degli apolidi non residenti in altri Stati. A livello contenutistico, nella Convenzione mancano norme che fanno riferimento all'ingresso di tali individui nel territorio degli Stati contraenti, né vi è una norma che attribuisce agli apolidi un'esenzione dalle sanzioni penali in caso di ingresso clandestino, diversamente da quanto previsto dal già citato art. 31 della Convenzione di Ginevra. Ecco che ancora una volta il trattamento riservato agli apolidi è peggiore rispetto a quello dei rifugiati. Quindi tra apolide e straniero privo di ulteriore qualifica non vi è differenza: è fondamentale il visto di ingresso. A livello di allontanamento, invece, vi è una espressa previsione all'art. 31 della stessa Convenzione dove si precisa che gli Stati contraenti non espelleranno un apolide che si trova regolarmente sul loro territorio, salvo che per ragioni di sicurezza nazionale o di ordine pubblico. La differenza con la previsione per i rifugiati è che per gli apolidi è possibile solo la mera espulsione, e non l'allontanamento verso uno Stato che perseguita l'individuo. Questa mancanza è compensata dalla inclusione del principio di non allontanamento degli individui verso uno Stato in cui possono essere perseguitati, nella risoluzione adottata ad unanimità, durante la Conferenza di New York del 1954 sugli apolidi. È dunque un principio generalmente riconosciuto. Tuttavia le garanzie procedurali sono comuni per apolidi e rifugiati: si prevede che la decisione deve rispettare la legge interna, e salvo ragioni imperative di sicurezza nazionale, l'apolide deve potersi difendere, presentare ricorso e farsi rappresentare in giudizio; ma soprattutto lo Stato deve accordare un lasso di tempo ragionevole per consentirgli di farsi accogliere in un

altro Stato. In quest'ultima ipotesi è importante porci la questione se il provvedimento di espulsione è legittimo, ma l'individuo non riesce a trovare uno Stato quale potenziale ospitante. Questo problema è risolvibile se ci appelliamo allo stato di necessità o cause di forza maggiore: quindi se l'atto di espulsione, pur essendo giuridicamente vincolante, può essere disatteso senza che l'individuo incorra nella commissione di un reato. Fintanto che vi è l'impossibilità di dare esecuzione al provvedimento, l'individuo potrà rimanere nello Stato di asilo, senza integrare alcun reato⁸¹.

6. La protezione dei rifugiati nel sistema di tutela della CEDU

Veniamo adesso ad esaminare nel merito la Convenzione europea sui diritti umani. Essa costituisce il primo strumento giuridico internazionale che garantisce i diritti fondamentali a livello europeo ed è stata redatta nello stesso periodo della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, come risposta alle numerose richieste di garanzia dei diritti umani.

Lo scopo della Convenzione era ed è più precisamente quello di dare espresso riconoscimento ai diritti contenuti nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 (anche se a differenza di quest'ultima solo la prima ha carattere vincolante per gli Stati contraenti), di ciò se ne ha espresso riscontro all'art. 1 - intitolato "Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo" - che recita: "Le Alti Parti contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione". L'art. 3 prevede il divieto di tortura: "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti", mentre l'art. 14

⁸¹ Cfr. A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p.149 e ss.

stabilisce come già detto il principio di non discriminazione affermando che: “il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione”. (vedi retro par. 2). L'art. 3 e l'art. 14 offrono una tutela molto ampia, perché negano l'efficacia di un provvedimento che “esponga un soggetto al rischio di trattamenti inumani o degradanti”⁸² e garantisce “il godimento di diritti e libertà a tutti gli individui, senza alcuna discriminazione o distinzione possibile”⁸³. In altre parole vuole impedire che gli individui che sono passibili di subire gravi violazioni dei propri diritti umani, vengano allontanati verso un Paese che potrebbe porle in essere. Si tratta cioè di una sorta di “congelamento” della presenza dei soggetti all'interno del territorio, fino a che non vi sia una regolare concessione per rimanere nello Stato ospitante, oppure vi sia la possibilità che l'individuo sia allontanato verso un paese che non minacci i suoi diritti. Come l'art. 33 non riconosce espressamente il diritto di asilo, ma impedisce un provvedimento di allontanamento verso Paesi a “rischio”. Si tratta dunque di una forma di protezione indiretta, infatti la protezione non scaturisce direttamente dalla CEDU, perché la sua violazione si verifica fuori dalla sua *jurisdiction*, cioè in uno Stato terzo. A tal proposito due sono le forme di extraterritorialità che vengono in gioco: la prima eventuale, quando la misura di allontanamento viene eseguita fuori dal territorio di uno Stato parte, ma rientra nella sua *jurisdiction*; la seconda strutturale dovuta al fatto che la violazione dell'art. 3 avviene per effetto della misura di allontanamento, che è adottata e produce effetti nel territorio di uno

82 E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.110.

83 Vedi nota 82.

Stato terzo. Secondo la Corte le condotte che vengono poste in essere fuori dalla *jurisdiction* degli Stati parte non possono costituire una violazione della CEDU; l'eventuale violazione si ha invece quando viene eseguita la decisione di allontanamento all'interno della *jurisdiction* statale. Unico obbligo in capo allo Stato è quello di adottare una procedura *ad hoc* che serva per ottenere le informazioni utili a una decisione riguardo alla sussistenza del rischio e per utilizzare i dati raccolti in modo ragionevole ai fini della decisione. La Corte ha indicato così le condizioni della protezione indiretta ed ha fatto emergere che si possa parlare di violazione tutte le volte che, «dai fatti che gli Stati conoscono o dovrebbero conoscere al momento in cui il provvedimento viene eseguito, possano essere riscontrati i presupposti affinché vi sia un reale rischio»⁸⁴. L'obbligo di cui stiamo parlando è un mero obbligo di mezzo non di risultato, perché gli Stati non devono preoccuparsi che il rischio sia rilevato effettivamente qualora sussista. Come seconda condizione è necessario che la gravità del rischio superi una certa soglia, e nel caso dell'art. 3, il rischio deve avere ad oggetto i diritti sottesi alla norma, cioè l'integrità fisica e morale o la dignità umana. Pertanto non è compreso il diritto alla vita, che al contrario è tutelato dall'art. 2. Con svariate sentenze la Corte ha fatto rientrare nella nozione di protezione indiretta dell'art. 3, il *refoulement* indiretto⁸⁵, ma anche la lesione di beni affini, come ad esempio il diritto alla salute: nella sentenza *D. c. Regno Unito*, la Corte ha affermato che l'espulsione di un individuo malato terminale di HIV, lo avrebbe sottratto alle cure necessarie per la sua malattia⁸⁶. Dobbiamo adesso distinguere i casi nei quali la soglia è superata dai casi nei quali non lo è. Un caso tipico in cui la soglia non è superata si prospetta quando il rischio non deriva dalla situazione personale del

⁸⁴ F.CHERUBINI, *op. cit.*, p.110.

⁸⁵ Sentenza CEDU del 7 marzo 2000, ricorso n° 43844/98, *T.I. c. Regno Unito*.

⁸⁶ Sentenza CEDU del 2 maggio del 1997, ricorso n° 30240/96, *D. c. Regno Unito*.

ricorrente, ma da quella del paese di destinazione: ad esempio nella sentenza *Vilvarajah*, dove i giudici di Strasburgo hanno deciso che le prove riguardanti i trattamenti dei ricorrenti e la situazione generale non fossero sufficienti a dimostrare che la loro personale posizione fosse peggiore di quella degli altri membri della comunità Tamil o di altri giovani uomini Tamil che erano ritornati nel loro paese. Tuttavia la Corte in una successiva sentenza sembra aver operato un temperamento a tale orientamento: in particolare qualora i ricorrenti siano parte di una categoria ad esempio una minoranza, hanno più probabilità di essere sottoposti ai trattamenti degradanti di cui all'art. 3 CEDU, e pertanto anche un semplice allontanamento può costituire una violazione dell'art. 3 CEDU. La soglia del rischio deve invece essere particolarmente elevata qualora il provvedimento di allontanamento non provenga dalle autorità dello Stato di destinazione, ma da privati: in questo caso per la Corte è necessario che il rischio sia reale e che le autorità del Paese ospitante non siano in grado di ovviare al rischio e garantire opportuna protezione.

Inoltre la Corte ritiene che siano due le ipotesi nelle quali il rischio venga meno: in primis, se lo Stato di destinazione dimostri che può offrire all'individuo soggetto alla misura di allontanamento protezione adeguata e di carattere sostanziale, tenendo conto cioè della solidità delle assicurazioni diplomatiche. In secondo luogo, non si potrà parlare di violazione quando si prospetti la possibilità di rimpatriare l'interessato in una zona del paese nella quale il rischio non sussiste, in applicazione dell'*internal flight alternative*⁸⁷.

Terzo imprescindibile fattore perché si abbia violazione dell'art. 3 è quello dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento, indipendentemente dal fatto che lo Stato abbia o meno effettuato il giudizio prognostico sull'esistenza del rischio. Ciò che conta non è la

⁸⁷ Vedi retro par. 4.2.

natura del provvedimento quanto il risultato che il provvedimento provoca: il rischio per il soggetto di essere sottoposto ai trattamenti di cui all'art. 3 CEDU, e pertanto sono inclusi anche i respingimenti alla frontiera, quelli in alto mare e quelli in uno Stato terzo. La Corte di fatto ha sempre valutato il rischio anche nel periodo che intercorre tra l'assunzione della decisione da parte dello Stato convenuto e la decisione della Corte stessa. Ecco che ancora una volta possiamo affermare la natura composita dell'obbligo di protezione indiretta: da un lato è “di mezzo” per la determinazione del rischio, dall'altro è “di risultato” per quanto concerne l'esecuzione del provvedimento che dà vita al rischio. Può capitare infatti che durante il procedimento dinanzi alla Corte si verifichino eventi dei quali la Corte non possa non tenere di conto nella valutazione dell'idoneità della misura di allontanamento ad esporre il ricorrente al rischio di subire le condotte di cui all'art. 3 CEDU.

Vi sono però altre disposizioni della CEDU che meritano approfondimento e che sono riconducibili alla protezione indiretta: l'art. 2 e l'art. 6. L'art. 2 si occupa della tutela del diritto alla vita, senza tuttavia fare espresso divieto di pena di morte, contenuto invece nell'art. 1 del Protocollo n° 6 e in forma di divieto assoluto nell'art. 1 del Protocollo n° 13. La Corte nella giurisprudenza non ha mai considerato l'art. 2 come una norma autonoma, ma ha ritenuto che dovesse essere richiamata assieme all'art. 3, avente quindi funzione “assorbente” delle violazioni del diritto alla vita e della pena di morte. Emblematico il caso dell'espulsione di un cittadino siriano, condannato in patria alla pena di morte dalla Corte regionale di Aleppo, dove la Corte si trovò a stabilire se si trattasse di una violazione dell'art. 2. La Corte non ha riscontrato solo la violazione dell'art. 2, ma anche dell'art. 3, in quanto non solo si trattava di un'irrogazione della pena di morte arbitraria senza un equo previo processo, ma la sentenza di pena di

morte provocava anche un incremento delle angosce e delle paure dell'uomo, qualora venisse confermata. Il diritto all'equo processo è disciplinato espressamente all'art. 6 CEDU ed anche questo articolo spesso viene ricondotto all'art. 3 CEDU; soprattutto nei casi in cui l'estradizione del ricorrente possa esporlo a un processo iniquo, che lo condanni alla pena di morte o gli faccia subire i trattamenti ivi previsti. Se ne ha espresso riscontro in alcune sentenze della Corte dove questa ha escluso che si trattasse di pericolo condanna a morte, ed ha asserito che si fosse in presenza di una violazione indiretta dell'art. 3 CEDU, escludendo dunque un'autonomia dell'art. 6 stesso. Altre norme applicabili ai richiedenti asilo sono l'art. 8 CEDU che ha ad oggetto la tutela della vita privata e familiare, e di cui spesso la Corte si è servita per limitare il potere statale di regolare l'ingresso e l'allontanamento di cittadini stranieri, separando così parenti e familiari. Molte delle norme della CEDU riguardano lo straniero privo di un legame di protezione anche indiretto, con lo Stato ospitante, e possono essere raggruppate in due categorie: «misure che impediscono l'ingresso o negano il soggiorno duraturo nel paese in cui vivono i familiari dell'interessato e misure di allontanamento»⁸⁸. Per quanto riguarda la prima categoria la Corte si preoccupa preliminarmente che si tratti di un caso rientrante nella nozione di vita familiare, che comprende i legami *de jure*, ma anche quelli *de facto*: ad esempio una convivenza o una filiazione naturale, e soprattutto i rapporti di adozione o matrimoni poligami. Dopodiché la Corte valuta se sussiste un'interferenza da parte dello Stato: in particolare, non sussiste quando sia possibile proseguire la vita familiare in uno Stato terzo o di origine; tuttavia questa possibilità può essere limitata dalla presenza di altri figli nello Stato di accoglienza, l'età, e le condizioni del figlio per il quale è richiesto il ricongiungimento. Nella seconda categoria sono invece ricompresi le

⁸⁸ F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 124.

misure di allontanamento: la Corte dopo aver riscontrato un'interferenza, deve rifarsi all'art. 8 par. 2, per comprendere se si tratti di commissione di reati che rendono necessario l'allontanamento. Altra norma meritevole di essere menzionata è l'art. 5 CEDU, relativo al diritto alla libertà e alla sicurezza dello straniero detenuto nel paese di accoglienza. In particolare rileva l'art. 5, par. 1, lett f), secondo cui la privazione della libertà è consentita, nei modi previsti dalla legge, “se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione”. La norma è suddivisa in due parti: la prima trova applicazione per i richiedenti asilo che sono entrati irregolarmente nel paese di accoglienza; a tal proposito possiamo portare l'esempio della sentenza *Saadi c. Regno Unito*, dove la Corte ha addotto che la detenzione è legittima solo se non arbitraria: cioè deve essere condotta in buona fede e col solo scopo di impedire l'ingresso irregolare di una persona all'interno del paese; inoltre la durata della detenzione non deve essere superiore al tempo ragionevolmente richiesto a raggiungere l'obiettivo perseguito e il luogo e le condizioni devono essere idonee. Come avremmo potuto notare tale approccio si discosta molto da quello offerto dalla Convenzione di Ginevra, perché nella prassi la detenzione dei richiedenti asilo è ammessa ma solo in ambiti ristretti.

Infine, importante è l'art. 4 del Protocollo n° 4, che pone il divieto delle espulsioni collettive degli stranieri. Essa ha lo scopo di tutelare gli stranieri per evitare che subiscano provvedimenti di espulsione senza tener di conto delle circostanze personali o comunque senza che essi vengano ascoltati o possano esprimere le loro ragioni rispetto alla misura che verrà presa dalle autorità. L'espulsione collettiva non è vietata in sé, ma solo se non basata su un esame individuale ed

oggettivo, ad esempio quando non sia stata avviata alcuna procedura di identificazione previa degli stranieri espulsi o quando l'autorità che ha svolto il colloquio individuale non era competente in merito, o infine quando il provvedimento era stato redatto in termini identici per tutti gli interessati.

Dall'analisi di tutte queste disposizioni emerge un quadro complesso degli obblighi imposti dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU. Per poterlo rendere più chiaro possiamo procedere a evidenziare gli elementi comuni agli artt. 2, 3, 5, 6 CEDU, e all'art. 33 della Convenzione: in primo luogo riguardano il fatto che lo Stato di asilo debba esprimere un congruo giudizio sull'esistenza del rischio (obbligo di mezzo), ma non rilevano le modalità con cui si concretizza (allontanamento, espulsione, estradizione), né il luogo in cui si concretizza: è sufficiente che l'interessato si trovi sotto la *jurisdiction* delle autorità statali. Quindi tali norme si applicano anche ai respingimenti alla frontiera o fuori dal mare territoriale. L'unica differenza tra le Convenzioni è che quella di Ginevra non si applica se il luogo dal quale viene effettuato l'allontanamento o viene impedito l'ingresso si trovi nel territorio dello Stato di origine del presunto rifugiato; mentre la CEDU si applica in base alla *jurisdiction*. Le due Convenzioni differiscono anche in merito all'oggetto del giudizio prognostico, che deve essere espresso dallo Stato: per la CEDU deve essere tenuta di conto la probabilità che l'individuo interessato dalla misura di allontanamento venga sottoposto a tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti o pena di morte; mentre l'art. 33 par. 1 pone dei limiti alla definizione di rischio: i beneficiari del divieto sono selezionati in base al timore ben fondato, al diritto che la persecuzione lede e ai motivi che ne stiano alla base. L'art. 33, par. 1 sottende diritti molto ampi che possono essere lesi da tortura: la libertà di opinione o religiosa e il diritto all'istruzione. Infine abbiamo due

ultime differenze in ambito dei motivi di persecuzione: per la CEDU rileva sempre, a prescindere dai motivi di persecuzione il rischio di essere torturato; mentre nella Convenzione di Ginevra è necessario che vi siano i motivi convenzionali alla base della persecuzione: cioè persecuzione per motivi politici, l'appartenenza a un gruppo sociale che può portare ad esempio alla tortura; e da ultimo si può rilevare una differenza guardando agli artt. 33 par. 2 e art. 1 par. F della Convenzione di Ginevra a confronto con l'art. 15, par. 2 CEDU. Secondo quest'ultima gli artt. 2 e 3 CEDU pongono un divieto che ha carattere assoluto, in quanto non vede eccezioni. Mentre l'art. 33, par. 1, incontra alcune eccezioni al suo par. 2 e all'art. 1, par. F: se vi sia un mero sospetto che l'individuo soggetto al provvedimento di allontanamento abbia commesso un crimine o rappresenti un pericolo per lo Stato o la sua comunità, gli artt. 2 e 3 CEDU non possono essere in alcun modo superati; nella Convenzione di Ginevra invece in tal caso è previsto che un individuo con fondato timore di persecuzione, sia un rifugiato ovvero precluda ad un rifugiato di godere della tutela del divieto di *refoulement*. In altre parole se la procedura di accertamento di tutti questi elementi costituisce un obbligo, vuoi per gli Stati della Convenzione di Ginevra, vuoi per quelli parte della CEDU, l'esito in circostanze del tutto identiche può essere diverso⁸⁹.

Come avremmo potuto notare l'importanza della Convenzione è anche data dall'istituzione di un meccanismo di controllo offerto dalla Corte dei diritti dell'Uomo, che con numerose sentenze ha provveduto alla tutela di molti rifugiati.

A livello generale in base all'art. 59 della Convenzione solo gli Stati membri del Consiglio d'Europa possono aderirvi e diventarne parte; questo per garantire che solo gli Stati che condividono i valori espressi dallo stesso Consiglio, possano partecipare. Il testo della CEDU è ad

89 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 103 e ss.

oggi l'unico trattato internazionale che può essere invocato da tutti gli individui, anche non europei, quando si verifichi una violazione di un loro diritto da parte di uno Stato parte della Convenzione: questo fa emergere il carattere obiettivo dei diritti contenuti in essa⁹⁰.

7. I mutamenti della politica migratoria e di asilo all'interno dell'UE

A partire dagli anni ottanta si è verificato un progressivo fenomeno di armonizzazione della politica migratoria all'interno dell'UE, basata su due linee conduttrici. La prima ha portato all'introduzione di «limitazioni restrittive ai nuovi arrivi: programmazione dei flussi migratori; regole e procedure per l'ingresso e per l'allontanamento dai territori degli Stati; incoraggiamento al rientro volontario nei paesi di origine»⁹¹. L'altra ha visto un atteggiamento tollerante nei confronti degli immigrati che da tempo vivevano nel paese di destinazione, dando la precedenza comunque ai cittadini degli stati membri ed escludendo i cittadini di paesi terzi.

In particolare, nel corso dell'ultimo decennio sono stati approvati molteplici provvedimenti comunitari con lo scopo di uniformare la disciplina sul diritto di asilo: «l'accesso alla procedura, lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria e infine l'accoglienza e l'individuazione degli stati competenti a conoscere le singole istanze di asilo»⁹². Tali interventi si sono occupati anche del fenomeno dei cosiddetti “rifugiati in orbita”: i richiedenti asilo che venivano continuamente rimbalzati da uno Stato all'altro, senza che nessun paese riconoscesse la propria competenza a occuparsene e concedere loro

⁹⁰ E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.109 e ss.

⁹¹ CONSORZIO ITALIANO DI SOLIDARIETÀ, *op. cit.*, p. 26.

⁹² Vedi nota 91.

protezione⁹³. Per comprendere appieno l'evoluzione della politica migratoria, è opportuno partire dall'esame delle varie fasi che hanno portato all'introduzione e alla creazione di uno spazio comune europeo in cui vi fosse garantita la libera circolazione di persone, beni e capitali. Una prima fase è stata caratterizzata dall'elaborazione di varie direttive – basate sull'art 63 TCE – che stabilivano norme comuni per determinati settori, lasciando liberi gli Stati di accordare trattamenti più favorevoli per i cittadini di Paesi terzi o per gli apolidi con apposite disposizioni. La seconda ha avuto ad oggetto invece la gestione integrata del diritto di asilo tramite un'uniformazione dei sistemi legislativi nazionali. Di fatto, solo nel 1950 con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁹⁴ si è avuto un primo intervento in materia di diritti umani e in particolare il diritto di asilo, anche se quest'ultimo non viene menzionato espressamente. Essa infatti cita: il diritto alla vita (art. 2), il diritto alla libertà e sicurezza (art. 5) ed alcuni divieti: divieto di tortura (art. 3) e il divieto di schiavitù e lavori forzati (art. 4); infine il principio di non discriminazione (art. 14).

7.1 Le azioni di cooperazione intergovernativa: a) Gli accordi di Schengen

L'esigenza di creare un mercato interno unico ha condotto alla volontà di alcuni Stati di eliminare i controlli alle frontiere interne ed alla creazione di una frontiera unica esterna. Questo ha permesso di mantenere un adeguato livello di sicurezza per i cittadini degli Stati

93 Cfr. CONSORZIO ITALIANO DI SOLIDARIETÀ, *op. cit.*, p. 26.

94 Firmata a Roma il 4 novembre del 1950, ratificata in Italia nel 1955. Essa venne adottata dallo stesso Consiglio d'Europa; quest'ultimo al contrario di quanto si potrebbe pensare, non è un'istituzione dell'UE, bensì un'organizzazione internazionale, che inizialmente era composta da 10 Stati fondatori, ma ad oggi conta 47 membri. La Cedu - intesa come Corte - è un suo organo interno.

membri e al contempo di armonizzare le politiche verso l'esterno, anche in tema di asilo. Tuttavia non tutti gli Stati erano d'accordo tanto che proseguirono il loro percorso di collaborazione al di fuori del diritto comunitario, discostandosi anche da quanto espresso dal Consiglio europeo⁹⁵ e dalla Commissione⁹⁶.

Si è avviato così un processo di cooperazione intergovernativa e dunque multilaterale in materia di controlli alle frontiere comuni; in particolare si sono formati alcuni gruppi di lavoro *ad hoc* divisi per competenza: lotta al traffico di stupefacenti, al terrorismo ed alla criminalità organizzata; cooperazione giudiziaria in materia penale; controllo delle frontiere esterne, politica dei visti e dell'immigrazione ed attività nei confronti dei rifugiati e richiedenti asilo. Tra i più importanti si annovera il Gruppo Trevi del 1975⁹⁷ che raccoglieva ministri degli interni e della giustizia dei dodici paesi membri dell'epoca e si occupava delle implicazioni per la polizia e la sicurezza interna dell'apertura delle frontiere comuni CE. Ancora il Gruppo *ad hoc* immigrazione istituito a Londra nel 1986 che includeva la partecipazione della Commissione ai lavori e disponeva di un segretariato permanente presso il Consiglio dei ministri dell'Unione. Noto anche per aver contribuito alla stesura del “Documento Palma” che concerne le questioni dei passaggi alla frontiera. I lavori di questi organismi intergovernativi si svolgevano in segreto, trattandosi perlopiù di negoziati diplomatici o rapporti diretti di cooperazione tra le alte amministrazioni dei ministeri interessati, cioè senza la partecipazione della Comunità europea e i suoi organi decisionali, né

95 Il Consiglio europeo con le conclusioni rese al termine dell'incontro a Fontainebleau dal 25 al 26 giugno 1984, già manifestava la volontà di abolire i controlli alle frontiere interne, in particolare affermava la «soppressione di tutte le formalità di polizia e di dogana alle frontiere interne per la circolazione di persone».

96 La Commissione nel 1985 pubblicò un Libro Bianco sull'instaurazione del mercato comune, l'abolizione delle frontiere interne e infine l'armonizzazione delle politiche.

97 Gruppo che si è poi evoluto in Trevi III (1985) e poi in Trevi 1992, tutt'oggi operante soprattutto nell'ambito delle politiche europee per la sicurezza interna.

con quella dei parlamenti nazionali; solo la Commissione Europea fu ammessa, dopo notevoli resistenze, come osservatore. Uno dei primi accordi intergovernativi è stato quello franco-tedesco dell'aprile 1958, evolutosi poi nell'Accordo di Sarrebruck con cui veniva stabilita la progressiva abolizione dei controlli alle frontiere comuni. Il suo art. 15 fu ripreso l'anno successivo nel Libro Verde della Commissione europea e prevedeva la necessità di legare l'abolizione dei controlli alle frontiere comuni all'armonizzazione delle politiche in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri. Uno degli esempi più significativi di cooperazione rafforzata è stato l'accordo di Schengen – firmato il 14 giugno del 1985 - che comprendeva 5 Stati quali Francia, Germania, Paesi Bassi, Lussemburgo e Belgio e riguardava l'abolizione graduale dei controlli alle frontiere comuni per la creazione del c.d. “Spazio Schengen”⁹⁸. L'art. 17 dell'accordo racchiude la “missione” delle Parti dell'accordo, cioè quella di eliminare i controlli alle frontiere comuni trasferendoli alle proprie frontiere esterne; mentre l'art.20 disciplina la naturale conseguenza di ciò, ossia la necessaria armonizzazione delle normative nazionali che concernono il diritto degli stranieri, e in particolare i cittadini degli Stati non membri delle Comunità europee. La difficile conciliazione tra spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e la libera circolazione è stata bilanciata dall'introduzione di misure compensative atte a rendere efficiente la cooperazione e il coordinamento tra i servizi di polizia e le autorità giudiziarie per preservare la sicurezza interna degli Stati membri e combattere la criminalità organizzata. Solo con l'entrata in vigore della sua Convenzione di applicazione – firmata il 19 giugno del 1990 – si è avuta una concreta realizzazione dei propositi assunti dagli Stati. È entrata in vigore il 26 marzo 1995 per Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna; mentre per gli altri

98 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 114 e ss.

Stati aderenti (Italia, Grecia e Austria) l'applicazione era subordinata a una decisione del Comitato esecutivo – deputato alla supervisione della corretta applicazione della Convenzione stessa⁹⁹. A livello di contenuto possiamo notare alcuni parallelismi con il diritto dell'Unione, in quanto l'art. 1 sottolinea che l'obiettivo della creazione dello spazio di Schengen “coincide con quello comunitario del mercato interno senza frontiere; l'art. 134 richiama esplicitamente la compatibilità con il diritto dell'Unione e l'art. 142 prevede espressamente la possibilità di sostituire regole di Schengen con disposizioni dell'Unione. Questo ha permesso l'integrazione del sistema di Schengen nell'Unione Europea, anche se alcuni paesi quali Gran Bretagna e Irlanda erano restii alla comunitarizzazione dello stesso. Per tale ragione le istituzioni comunitarie hanno deciso di adottare uno specifico Protocollo sull'*acquis* di Schengen, che integrasse la Convenzione di applicazione e gli altri atti comunitari. L'integrazione è così avvenuta progressivamente tramite l'inserimento, con l'adozione nel 1997 del Trattato di Amsterdam, del sistema Schengen in parte del terzo pilastro del TUE(Titolo VI) e in parte nel Titolo IV del TCE, relativo alla libera circolazione delle persone. Con il Trattato di Lisbona il Protocollo ha assunto rilevanza autonoma e venendo inserito come Protocollo n°19 tra i protocolli allegati al nuovo TUE e al TFUE. Ecco che l'art.1 del Protocollo 19 autorizza i 25 Stati membri – esclusi Gran Bretagna e Irlanda – ad “attuare tra loro una cooperazione rafforzata nei settori riguardanti le disposizioni definite dal Consiglio che costituiscono l'*acquis* di Schengen. Tale cooperazione si è realizzata nell'ambito istituzionale e giuridico dell'Unione europea e nel rispetto delle pertinenti disposizioni dei trattati”. L'art. 7 del Protocollo prevede inoltre che l'*acquis* di Schengen e le sue prescrizioni adottate dalle

⁹⁹ In particolare si prevedeva per l'Italia e l'Austria rispettivamente 26 ottobre 1997 e 1° dicembre 1997, (anche se per l'Italia venne pienamente applicata dal 1 aprile del 1998). Per la Grecia si prevedeva l'applicazione solo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

istituzioni comunitarie devono essere preventivamente e integralmente accettate dagli Stati che vogliono entrare a far parte dell'UE¹⁰⁰. Gli accordi di Schengen prevedono inoltre l'adozione di misure uniformi in materia di asilo in particolare dagli articoli 28 a 38 della Convenzione di applicazione degli accordi, e riguardano la responsabilità dello Stato per l'esame delle domande di asilo. L'art. 28 concerne gli obblighi in capo agli Stati in base alla Convenzione di Ginevra del 1951 e del Protocollo del 1967, di cui tutti gli Stati aderenti a Schengen, fanno parte e la loro disponibilità a collaborare con l'ACNUR. L'art. 29 ai parr. 1 e 2 pone in capo agli Stati firmatari l'obbligo di garantire l'esame delle domande di asilo presentate nel territorio di uno di essi, salvo i casi di allontanamento e respingimento consentiti dalle norme nazionali conformemente agli obblighi internazionali. Questo mette in luce un aspetto importante: la separazione del campo di applicazione delle norme sull'ingresso dei richiedenti asilo da quello delle norme relative ai cittadini di Stati terzi *tout court*¹⁰¹. Precisa che non vi è alcun obbligo dello Stato di ammettere uno straniero, anche il richiedente asilo, sul loro territorio e sancisce la competenza di un solo Paese membro ad esaminare la domanda secondo i criteri dell'art. 30. Questo articolo introduce il criterio gerarchico che indica i parametri per stabilire quale Paese sia competente a esaminare la richiesta di asilo. In particolare si prevede che l'onere spetti al Paese che per primo ha rilasciato il visto d'ingresso allo straniero. Nel caso specifico in cui il visto fosse stato rilasciato da più Stati membri in contemporanea, si applicherebbe il criterio per cui prevale lo Stato che ha concesso il visto con validità maggiore. Nel caso in cui, invece, si tratti di ingresso illegale nel territorio di uno degli Stati membri, si occuperà di esaminare la domanda di asilo, il Paese dal cui territorio è avvenuto l'ingresso illegale nell'area Schengen. L'art. 30 prevede però due

100 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 119 e ss.

101 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 135 e ss.

deroghe. La prima è disciplinata dal già citato art. 29, par. 4 dove si afferma che «per ragioni attinenti soprattutto alla legislazione nazionale, un Paese possa decidere di esaminare una domanda di asilo anche se secondo il disposto dell'art. 30, non sarebbe di sua diretta competenza»¹⁰². La seconda è collocata all'art. 35 della Convenzione di attuazione dell'accordo di Schengen dove si prevede che “1. La parte contraente che ha riconosciuto ad uno straniero lo *status* di rifugiato e gli ha concesso il diritto di soggiorno è tenuta ad assumere la responsabilità dell'esame della domanda di asilo di un membro della sua famiglia, sempre che gli interessati siano consenzienti. 2. Sono membri della famiglia ai sensi del paragrafo 1 il coniuge o il figlio non sposato di età inferiore ai diciotto anni oppure, se il rifugiato è celibe o nubile di età inferiore ai diciotto anni, il padre o la madre”. Tale articolo è innovativo rispetto alla Convenzione di Ginevra, perché questa non fa alcun riferimento al diritto alla riunificazione familiare. Tuttavia la Convenzione di attuazione presenta anche un aspetto negativo perché non tutela in maniera adeguata i rifugiati, in special modo i c.d. “rifugiati in orbita”. Questi ultimi sono definiti come «individui che vengono rinviati da un Paese all'altro, a causa di ripetute declinazioni di responsabilità da parte dei Governi chiamati in causa», detti anche “struck to and from like tennis balls”¹⁰³. Altro problema aperto e lasciato irrisolto è il fenomeno delle “domande multiple” noto anche come *asylum shopping* ossia la presentazione contestuale di domande di riconoscimento dello status di rifugiato, presso più Paesi membri per avere più possibilità di ottenerlo. L'art. 30 della Convenzione di attuazione, come criterio di prevalenza, adotta quello di prossimità allo Stato che per primo aveva rilasciato il visto all'individuo, o in mancanza a quello che gli aveva garantito il primo ingresso; ed è importante perché stabilisce le condizioni comuni per

¹⁰² E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.130.

¹⁰³ Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 131 e ss.

l'ingresso dei cittadini di Stati terzi alle frontiere esterne, esclusi i rifugiati¹⁰⁴.

Le cause di questo fenomeno sono da ricondursi alle enormi disparità che sussistono tra le diverse legislazioni nazionali degli Stati membri e che danno vita a diversi esiti di una stessa domanda di asilo. All'art. 32 si prevede che “la Parte contraente responsabile per l'esame della domanda di asilo effettua tale esame conformemente al proprio diritto nazionale”; applicando tale disposizione nella prassi, emerge la mancanza di armonizzazione tra gli Stati membri riguardo alle procedure per il riconoscimento del diritto di asilo. Infatti il riconoscimento del diritto di asilo dipende dall'interpretazione che si attribuisce all'elemento della persecuzione, influenzato da fattori politici economici e culturali. Non essendoci uno standard internazionale di valutazione e di percezione di tale elemento, le legislazioni nazionali non sono in grado di tutelare adeguatamente i rifugiati. Per cercare di rimediare a tale inconveniente l'Atto finale della Convenzione di Schengen invita gli Stati a cercare di rendere il più uniforme possibile le proprie politiche nazionali sull'asilo; tuttavia tale impegno non ha alcuna scadenza, e per di più la Dichiarazione non è vincolante, per cui tale invito lascia il tempo che trova. In questo clima, dunque, si poteva pensare solo a un'armonizzazione giurisdizionale che non fosse fonte di disaccordo, bensì di un buon funzionamento per l'Europa senza frontiere interne; mentre erano da escludersi armonizzazioni sostanziali e procedurali sulle quali era difficile accordarsi. A pagare le conseguenze di ciò erano solo i richiedenti asilo.

Alcuni Stati erano dubbiosi riguardo alla compatibilità di tale accordo con la Convenzione di Ginevra, ed è per questo che non l'hanno voluta ratificare. Il caso più noto è quello del Consiglio di Stato olandese,

104 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 140 e ss.

secondo cui il fatto che la Convenzione prevedesse il trasferimento della responsabilità sulla decisione ad un altro Stato che decidesse secondo la propria legge nazionale sull'asilo, mal si conciliava con gli obblighi previsti dalla Convenzione sui Rifugiati. Per cui chi avesse ratificato il Trattato avrebbe avuto la possibilità di venir meno alle responsabilità che la Convenzione addossava loro. Altro argomento che il Consiglio di Stato olandese ha usato a sostegno della sua opinione è quello della mancata previsione di un obbligo di riconoscimento a carico degli Stati membri di decisioni positive prese da altri Stati per assicurare lo status di rifugiato e dell'esistenza del c.d. effetto negativo vincolante opzionale. Quest'ultimo costituisce un limite ai diritti dei rifugiati e la violazione del dovere di buona fede che gli Stati membri della Convenzione di Ginevra dovrebbero adottare tra loro. I membri di Schengen hanno cercato di ovviare a questo problema assicurando un'interpretazione uniforme della Convenzione di Ginevra, ma senza alcun risultato posto che non esisteva un sistema giurisdizionale di controllo. Di conseguenza per qualsiasi problema interpretativo o applicativo era necessario appellarsi al “Comitato Esecutivo di Schengen”, composto da rappresentanti di ciascun Governo nazionale. La scelta di un arbitro ha dato vita a ovvi problemi di legittimazione e lo standard di protezione dei rifugiati ha rischiato di essere messo in discussione e abbassato. Solo con il Trattato di Amsterdam si è giunti a un compromesso su tale aspetto¹⁰⁵.

7.2 Segue: b) La Convenzione di Dublino del 1990

Negli anni '90 il dispositivo europeo in materia di asilo inizia a prendere forma e, in materia di richiedenti asilo e rifugiati, ha una certa influenza sugli ordinamenti nazionali. Di conseguenza si avvia un

¹⁰⁵ Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 136, 137.

processo di armonizzazione delle politiche comunitarie in tema di riconoscimento del diritto di asilo, dopo una prima fase di cooperazione intergovernativa.

La prima tappa della comunitarizzazione si ha grazie al Consiglio europeo di Londra del 1986, il quale introduce alcuni provvedimenti volti alla lotta all'immigrazione clandestina organizzata, nonché all'individuazione delle misure da adottare per favorire una politica comune in materia di asilo. Nello stesso anno si viene a creare un gruppo *ad hoc* dei Ministri responsabili dell'immigrazione con l'obiettivo di studiare i problemi legati all'immigrazione e all'asilo¹⁰⁶. In particolare tale gruppo ha dato vita a due progetti di convenzione: il primo sull'attraversamento delle frontiere, che, tuttavia, non è andato a buon fine; il secondo, che è poi divenuto, nel 1990, la Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee¹⁰⁷. Quest'ultima – meglio nota come Convenzione di Dublino¹⁰⁸ – venne firmata il 15 giugno del 1990 e rispetto alla Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen del 1990, aveva forza vincolante per gli Stati ed era maggiormente garantista nei confronti dei rifugiati affinché non si verificassero casi di “richiedenti asilo in orbita” e di “asylum shopping”. A tal fine contiene alcune disposizioni che fissano criteri per la determinazione dello Stato competente per l'esame della richiesta di asilo¹⁰⁹; in particolare prevede che ogni domanda di asilo venga esaminata da un solo Stato membro dell'Unione europea – cioè dallo Stato rientrante nello spazio Schengen

106 Cfr. N. PETROVIĆ, *op. cit.*, p. 47 e ss.

107 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p.141 e ss.

108 Tale Convenzione è entrata in vigore il 1° settembre del 1997 per Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito e Spagna; esattamente un mese dopo per Austria e Svezia. Mentre per la Finlandia è vigente dal 1° gennaio 1998.

109 Per determinare la competenza sull'esame delle domande di asilo da parte delle autorità sono state istituite nei singoli stati le Unità Dublino che sono costituite presso i ministeri degli Interni e operano in costante dialogo tra loro.

dove si è verificato l'ingresso del richiedente¹¹⁰. I criteri di competenza sono disciplinati dall'art. 4 a 8 e sono seguiti l'ordine di priorità. Il primo criterio si colloca all'art. 4 che recita: “Se ad un membro della famiglia del richiedente asilo è stato riconosciuto lo status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra, modificata dal Protocollo di New York, in uno Stato membro ove risiede legalmente, questo Stato è responsabile dell'esame della domanda, purché gli interessati lo desiderino. Membri della famiglia sono esclusivamente il coniuge del richiedente asilo, i figli di età inferiore ai 18 anni, non sposati, oppure il padre o la madre se il richiedente asilo è egli stesso minore di età inferiore ai 18 anni, non sposato”. Questa disposizione pone dei problemi perché si riferisce a 'nucleo familiare' in un'accezione restrittiva, perché si riferisce ai membri della famiglia di un rifugiato già riconosciuto come tale, escludendo quindi i richiedenti asilo. Nella prassi accade spesso che più membri della stessa famiglia siano obbligati a presentare domanda di asilo in diversi Paesi e in diversi periodi di tempo. Questo comporta che nell'ipotesi in cui venisse loro riconosciuto lo status di rifugiato in detti Paesi, essi avrebbero diritto di risiedere solo nei Paesi in cui la domanda sia stata accolta e di conseguenza verrebbe violata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel suo art. 8, che disciplina l'unità familiare.

Gli altri criteri previsti mettono in luce una certa libertà del richiedente asilo nello scegliere il Paese presso cui depositare la domanda; in particolare in caso di permessi di soggiorno o visti scaduti, qualora l'individuo non abbia lasciato il territorio comunitario e il suo permesso di soggiorno sia scaduto da più di due anni, o il suo visto sia scaduto da più di sei mesi. Questo costituisce elemento di novità rispetto alla Convenzione di Schengen dove era negata tale possibilità.

110 Cfr. N. PETROVIĆ, *op. cit.*, p.47 e ss.

L'art. 30 par. c infatti prevedeva che “anche nel caso di titoli di soggiorno scaduti, il Paese competente a esaminare la domanda di asilo sarebbe stato il Paese che aveva emesso il titolo di soggiorno”¹¹¹. Altro aspetto innovativo è dato dall'art. 6 che stabilisce: “Se il richiedente l'asilo ha varcato irregolarmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da uno Stato non membro delle Comunità europee, la frontiera di uno Stato membro, e se il suo ingresso attraverso detta frontiera può essere provato, l'esame della domanda di asilo è di competenza di quest'ultimo Stato membro. La competenza di detto Stato è tuttavia esclusa qualora sia provato che il richiedente l'asilo ha soggiornato nello Stato membro nel quale ha presentato la sua domanda almeno sei mesi prima della presentazione della domanda stessa. In tal caso l'esame della domanda di asilo è di competenza di quest'ultimo Stato”. Questa disposizione sembra poter superare la ristretta nozione di nucleo familiare data dall'art. 4.

All'interno della Convenzione di Dublino manca una disposizione che metta in risalto il fatto che, sugli Stati membri non grava alcun obbligo riguardo all'ammissione dei richiedenti asilo¹¹²; mentre nella Convenzione applicativa del trattato di Schengen tale mancanza risulta coerente con il principio di non refoulement disciplinato all'art. 30 della Convenzione di Ginevra. Una simile carenza fa sorgere alcuni dubbi a proposito della possibilità dei richiedenti asilo di ottenere un'ammissione temporanea all'interno del territorio dello Stato membro scelto per il deposito della domanda di asilo. In quest'ottica, riguardo alle rapporto di competenza dei Paesi membri con gli organi comunitari si è registrato un aumento delle materie concorrenti, nonostante il disaccordo degli Stati membri, in special modo riguardo

¹¹¹ Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.140.

¹¹² Infatti gli Stati hanno la facoltà di rinviare un richiedente asilo in un Paese fuori dall'Unione europea, secondo i criteri adottati dalle singole legislazioni nazionali. In tal modo ogni Paese può ritenersi competente anche nei casi in cui la Convenzione la escluderebbe.

alle tematiche sensibili e appartenenti al c.d. dominio riservato dello Stato¹¹³. Oltre a questi elementi di differenza, possiamo osservare che vi è uno stretto legame tra la Convenzione di Dublino e la Convenzione Schengen, in quanto la prima ha lo stesso ambito di applicazione dell'art. 28 e ss. della seconda. Inoltre non tutti gli Stati parte della prima sono parte della seconda. Sulla base di questi presupposti, su sollecitazione del Comitato esecutivo della Convenzione Schengen, venne firmato a Bonn il 26 aprile del 1995 un Protocollo in base al quale le pertinenti norme della Convenzione Schengen sarebbero state sostituite da quelle della Convenzione di Dublino, non appena questa fosse entrata in vigore. Mentre le altre norme della Convenzione di applicazione sarebbero rimaste vigenti tra i suoi Stati parte, in modo da separare l'ambito di applicazione *ratione personarum* delle norme sulla eliminazione dei controlli delle frontiere comuni e l'attraversamento delle frontiere esterne da quello della Convenzione di Dublino.

L'art. 18 della Convenzione di Dublino che introduce un importante organo, ossia un comitato, deputato a trattare “su richiesta di uno o più Stati membri, qualsiasi problema di carattere generale relativo alla applicazione e all'interpretazione” della Convenzione e, «più specificamente competente a adottare alcune misure, fra le quali le revisioni o le modifiche – soggette comunque a ratifica statale – necessarie in funzione della realizzazione delle finalità dell'art. 8A del trattato che istituisce la Comunità economica europea»¹¹⁴. Questa disposizione è importante perché evidenzia la natura ibrida della Convenzione, essendo questa frutto di cooperazione intergovernativa. Infatti il Comitato è composto da un rappresentante per ogni Stato membro e per la Commissione europea, mentre la sua Presidenza è riservata allo Stato membro che detiene la Presidenza del Consiglio.

113 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.138 e ss.

114 F. CHERUBINI, *op. cit.*, p.143.

Infine la Convenzione è importante perché pone le basi per uno scambio di informazioni tra gli Stati membri affinché ne sia garantita un'efficiente applicazione; in proposito l'art. 15 prevede l'informatizzazione di detti dati, da realizzarsi in un momento successivo, cioè quando siano soddisfatte talune condizioni relative alla tutela della privacy¹¹⁵.

7.3 L'evoluzione della normativa comunitaria in materia di asilo fino al Trattato di Lisbona

Il 1° novembre del 1993 entra in vigore il Trattato di Maastricht¹¹⁶. Gli obiettivi principali di questo trattato si possono riassumere con la volontà di: «rafforzare la legittimità democratica delle istituzioni comunitarie; rendere più efficaci le istituzioni stesse; instaurare un'unione economica e monetaria tra gli Stati membri; sviluppare la dimensione sociale della Comunità; istituire una politica estera e di sicurezza comune»¹¹⁷. Grazie ad esso la materia di asilo entra a far parte dei Trattati. Infatti si è occupato di modificare il Trattato di Roma trasformando la CEE in Comunità europea e ha introdotto l'Unione europea. A quest'ultima sono stati ricondotti i due nuovi pilastri: Politica estera e di sicurezza comune (PESC) e Giustizia e affari interni (GAI); in particolare in quest'ultimo sono state inserite alcune competenze sulla disciplina dell'asilo limitando, tuttavia, il peso degli Stati membri. Il Consiglio votava quasi sempre all'unanimità; al contrario la Commissione aveva un potere di iniziativa limitato e congiunto a quello degli Stati membri, in alcuni settori, mentre per i restanti “era pienamente associata ai lavori” del Consiglio. Il Consiglio in tema di asilo ha adottato un'importante risoluzione¹¹⁸, relativa alle

115 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 141 e ss.

116 Per un ulteriore approfondimento si veda E. BENEDETTI, *op. cit.*, pp.141-148.

117 E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 142.

118 Risoluzione del Consiglio del 20 giugno 1995.

«garanzie minime di natura procedurale per l'esame delle domande di asilo»¹¹⁹. Questa riprendeva, da un lato, l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, dove si afferma che “per garantire efficacemente l'applicazione del principio del non respingimento non viene applicata nessuna misura in tal senso finché non sia stata presa una decisione in merito alla domanda di asilo” e, dall'altro, ribadiva l'ampio spazio lasciato agli Stati membri, perché il suo par. 3 afferma che “le norme di accesso alla procedura di asilo, le caratteristiche essenziali di tale procedura e la designazione delle autorità competenti per l'esame delle domande di asilo devono essere definite dalla legislazione di ciascuno Stato membro”. In un momento successivo si è cercato di adottare una definizione comune di rifugiato, rifacendosi perlopiù all'art.1 della Convenzione di Ginevra del 1951 – invitando gli Stati a ispirarvisi – “fatta salva la giurisprudenza degli Stati membri in materia di asilo e le loro disposizioni a riguardo”. Tuttavia, di fatto, non si verificò l'armonizzazione auspicata, per via della mancata volontà degli Stati membri di prendere decisioni condivise. Per favorire l'accoglienza dei richiedenti asilo da parte degli Stati membri, il Consiglio si è visto costretto ad adottare una serie di atti che ripartissero i costi dell'accoglienza tra i vari Stati, incaricando un organo ad hoc: il Comitato di coordinamento¹²⁰; questo organo è composto da alti funzionari ed contribuisce alla preparazione delle discussioni del Consiglio nelle materie del Terzo pilastro. In conclusione, possiamo affermare che il Trattato di Maastricht ha posto l'accento sul tema dell'asilo, tuttavia la procedura decisionale intergovernativa non ha permesso di fatto agli Stati di migliorare la tutela dei rifugiati e dei richiedenti asilo; al contrario ha consentito che si preparassero a una futura armonizzazione delle legislazioni nazionali¹²¹.

119 F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 146.

120 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p.143 e ss.

121 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 146-148.

A seguito del Trattato di Maastricht vi è stato un altro trattato che merita menzione: quello di Amsterdam¹²². Questo – entrato in vigore il 1° maggio del 1999 – ha avviato gradualmente una politica comunitaria in materia di immigrazione e di asilo. A livello pratico ha spostato quasi tutte le materie coperte dal Terzo pilastro nel diritto comunitario, nel nuovo Titolo IV del Trattato; ha riunificato gli esperimenti intergovernativi in parte nel diritto comunitario, in parte nel nuovo Terzo pilastro. Ha, inoltre, disposto che la Convenzione di Dublino, venisse sostituita in toto dal regolamento 343/2003 – meglio noto come Regolamento Dublino II¹²³ – contenente i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo. Tra le disposizioni più importanti abbiamo l'art. 62 TCE, che rinvia espressamente all'art. 14 TCE, e riprende il principio cardine dell'Accordo di Schengen sull'abolizione dei controlli alle frontiere interne. Precisa che le misure di eliminazione dei controlli alle frontiere interne si applicano sia ai cittadini comunitari, sia a quelli di Stati terzi – e non solo ai primi come ritenevano Danimarca, Irlanda e Regno Unito. Altra disposizione degna di nota è l'art. 61 TCE, che attribuisce la competenza in materia di asilo e immigrazione alle istituzioni per dare vita a uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel rispetto della libertà di circolazione delle persone. Infine l'art. 63 disciplina le competenze concorrenti tra l'UE e gli Stati membri e prevede che il Consiglio adotti norme precise in materia di trattamento e tutela dei rifugiati fissando procedimento, criteri e modalità di libera circolazione dei cittadini di Paesi terzi in situazione di soggiorno regolare in uno degli Stati membri. Riprende la Convenzione di Ginevra sui rifugiati e sfollati, ma amplia l'accezione

122 Per un ulteriore approfondimento del Trattato in questione, si veda E. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 148-155.

123 È da notare che è stato sostituito in toto a partire dal 1° gennaio 2014, dal Regolamento Dublino III n° 604/2013.

dei richiedenti asilo, facendovi rientrare anche le “persone che altrimenti necessitano di protezione internazionale”. Si estende così l'ambito di applicazione del principio di non refoulement e si introduce il principio di solidarietà, più precisamente criterio del burden-sharing, in base al quale, gli oneri derivanti da un eventuale afflusso massiccio, di rifugiati o sfollati, debbano essere ripartiti tra gli Stati membri. Scendendo nel dettaglio vediamo che le materie di competenza del Consiglio sono disciplinate dall'art. 63 comma 1 e sono la determinazione dei criteri e dei meccanismi per individuare lo Stato membro competente a esaminare la domanda di asilo presentata da un cittadino di paese terzo in uno degli Stati membri; l'individuazione delle norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, all'attribuzione della qualifica ai cittadini di paesi terzi e sulle procedure applicabili negli Stati membri per la concessione o la revoca dello status di rifugiato. Prosegue il comma 2 “promozione di un equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono i rifugiati e gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi” e l'adozione di norme minime sulla protezione temporanea degli sfollati e sulle persone altrimenti bisognose di protezione internazionale. Infine, il comma 3, lett. a) prevede che il Consiglio adotti misure relative al rilascio “di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare”. Non vi è quindi distinzione tra rifugiati e cittadini di Stati terzi e questo ha permesso al Consiglio di adottare una direttiva generale sul ricongiungimento familiare e una sullo status di soggiornante di lungo periodo¹²⁴. Tutte le misure in materia di asilo sopra citate dell'art. 63 TCE dovevano essere adottate entro un termine – c.d. di transizione – cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Di fatto il Trattato di Amsterdam ha posto le basi per un effettiva

124 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, pp.149-151.

regolamentazione del fenomeno migratorio e dei richiedenti asilo a livello comunitario, ma ha, ancor più, evidenziato le differenze tra gli ordinamenti nazionali¹²⁵.

In conseguenza di ciò, si può affermare che le principali misure per la politica europea di asilo siano state elaborate durante il Consiglio europeo di Tampere – svoltosi il 15 e il 16 ottobre del 1999 - il quale ha ripreso il Piano d'azione di Vienna del 1998¹²⁶. Esso era stato convocato proprio per cercare di semplificare l'attuazione del Trattato di Amsterdam, e per questo voleva dare slancio alla dimensione comunitaria della tematica dell'asilo. I capi di Stato e/o di Governo degli Stati membri si sono prodigati per l'istituzione di un sistema comune europeo dell'asilo all'interno di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», attingendo alle disposizioni del Trattato di Amsterdam, e nel rispetto dello stesso, a promuovere un'Unione europea aperta, sicura e integralmente impegnata a rispettare gli obblighi derivanti dalla Convenzione di Ginevra e di altri strumenti internazionali di tutela e salvaguardia dei diritti dell'uomo. La Conferenza ha messo, cioè, in luce l'importanza che l'Unione e gli Stati membri riconoscano al diritto di asilo sulla base della Convenzione di Ginevra del 1951 e nel pieno riconoscimento del principio di non *refoulement*. Il Consiglio europeo in tale sede ha sottolineato il rispetto assoluto del diritto di chiedere asilo e ha ribadito la necessità di garantire un equo trattamento ai cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio degli Stati membri. La Conferenza ha esplicitato, quindi, alcuni punti fermi: la piena applicazione della Convenzione di Ginevra sui rifugiati; le garanzie del diritto assoluto di chiedere asilo; l'armonizzazione di un sistema comunitario delle politiche e delle procedure dei singoli Stati membri; l'individuazione di

125 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, p.154.

126 Piano d'azione del Consiglio e della Commissione, del 3 dicembre 1998, concernente le modalità ottimali di attuazione delle disposizioni del Trattato di Amsterdam relative alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

precise garanzie per coloro che chiedono protezione e accesso all'Unione europea; l'adozione di un sistema unico per l'identificazione dei richiedenti asilo (EURODAC¹²⁷); e infine la possibilità per gli stranieri, provenienti da Paesi terzi, di avvalersi di uno spazio di «sicurezza, libertà e giustizia», al pari dei cittadini dell'Unione, tramite l'adozione di misure contro il razzismo e la xenofobia¹²⁸. Ulteriore novità introdotta dalla Conferenza è il Fondo europeo per i rifugiati¹²⁹, avente lo scopo di supportare e incoraggiare gli Stati membri all'accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati e di giungere al tanto auspicato Spazio unico europeo in materia di immigrazione e asilo¹³⁰.

Altra tappa importante di questo percorso comunitario è rappresentata dalla Carta di Nizza, firmata il 26 febbraio 2001 ed entrata in vigore il 1° febbraio 2003, posto che si è occupata delle riforme istituzionali necessarie per il buon funzionamento delle istituzioni, specie dopo l'allargamento a 27 membri effettuato nel 2007. Tale documento riconosce il diritto di asilo, rimandando alla Convenzione di Ginevra e il relativo protocollo del 1967; riprende poi il divieto di espulsione collettive e individuali verso uno Stato in cui il soggetto rischi di essere sottoposto a pena capitale, tortura o altre pene inumane o degradanti. Mentre manca un riferimento alla categoria degli sfollati,

127 Esso è stato istituito con regolamento del Consiglio n° 2725/2000 ed è entrato in vigore nel 2003. Consiste in una banca dati che consente di mettere a confronto le impronte digitali dei richiedenti asilo e degli immigrati entrati irregolarmente nel territorio europeo, affinché si possano controllare i flussi di richiedenti asilo in Europa. Ad oggi è usato per facilitare l'applicazione della Convenzione di Dublino e per determinare lo Stato competente a trattare della domanda di asilo.

128 Cfr. E. BENDETTI, *op. cit.*, pp. 155 e ss.

129 Istituito con decisione del Consiglio dell'Unione europea n° 596 del 28 settembre del 2000. Attualmente è denominato FER III ed è l'evoluzione di FER I (relativo al periodo 2001-2004) e di FER II (relativo al periodo 2005-2007). Ad oggi è regolamentato dalla decisione n° 537/2007/CE. L'ammontare complessivo raccolto viene suddiviso in due parti: una devoluta agli Stati membri in misura proporzionale al numero di cittadini stranieri beneficiari dello status di rifugiato; l'altra è riservata ad azioni di carattere transazionale - c.d. "azioni comunitarie" - selezionate e amministrate direttamente dalla Commissione. Ha lo scopo di finanziare i progetti di accoglienza di lungo termine per i richiedenti asilo e i rifugiati.

Per un ulteriore approfondimento si veda, N. PETROVIĆ, *op. cit.*, pp. 114,115.

130 Cfr. N. PETROVIĆ, *op. cit.*, pp. 51,52.

ad oggi la più ampia tra i richiedenti asilo. La Carta di Nizza non apporta grosse modifiche al Trattato di Amsterdam, sebbene affronti la tematica dei visti, dell'asilo, dell'immigrazione e delle altre politiche relative alla libera circolazione delle persone. La novità principale consiste nell'introduzione della maggioranza qualificata, che contribuì a uno snellimento delle procedure e un'accelerazione nella realizzazione degli obiettivi prefissati¹³¹.

Meritano adesso una breve trattazione il programma dell'Aja e il programma di Stoccolma. Il primo è stato adottato dal Consiglio europeo del 4 e 5 novembre 2004, e doveva essere attuato dal 2005 al 2010. Questo fu ben presto affiancato da un piano di azione – predisposto dalla Commissione dietro invito del Consiglio europeo – che si prefiggeva dieci obiettivi: il rafforzamento dei diritti fondamentali e della cittadinanza europea; la lotta contro il terrorismo; la definizione di un'impostazione politica equilibrata relativa all'immigrazione promuovendo la cooperazione con i Paesi terzi, anche riguardo all'ammissione e il rimpatrio degli immigrati; l'instaurazione di una procedura comune di asilo; l'ottimizzazione delle politiche di integrazione delle comunità immigrate e da ultimo una gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione. Alcuni degli obiettivi suddetti sono connessi tra loro. Ad esempio creando un procedimento comune per tutte le domande di asilo in Europa, si realizzerebbe uno spazio comune europeo e da qui una statuto uniforme europeo sull'asilo e la protezione sussidiaria, in modo da chiarire una volta per tutte la posizione dei richiedenti asilo all'interno degli Stati membri, per una maggior armonizzazione delle discipline degli ordinamenti nazionali. Gli ambiziosi obiettivi del programma dell'Aja sono stati ripresi poi nel Libro Verde della Commissione presentato il 6 giugno del 2007, che ha tuttavia introdotto alcune novità: l'ampliamento dei

131 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, pp.161-162.

casi in cui è possibile presentare domanda di asilo, sempre che siano rispettate alcune garanzie, quali la qualità del processo decisionale, la valutazione dei documenti probatori presentati dal richiedente e le procedure di ricorso; chiarimento riguardo ai concetti di paese di origine sicuri, paesi terzi sicuri, paesi terzi europei sicuri; l'armonizzazione dei criteri di ammissibilità delle domande di asilo, chiarimento riguardo ai presupposti della protezione e ai diritti che ne conseguono: permessi di soggiorno, assistenza sanitaria, previdenza sociale, istruzione, assistenza sanitaria. Ancora il riconoscimento reciproco delle decisioni nazionali in materia di asilo e infine l'elaborazione di programmi di integrazione: alloggio e servizi sociali. Si può concludere affermando che la Commissione, con l'adozione di tali misure ci ha fatto capire l'urgenza e l'importanza di giungere a un regime comune dove le legislazioni nazionali siano finalmente uniformi¹³².

Per quanto riguarda, invece, il Programma di Stoccolma possiamo osservare che è ugualmente un programma quinquennale dell'UE, che vuole migliorare l'efficacia delle procedure di asilo e far sì che i diritti umani siano tutelati adeguatamente, ossia siano rispettati il principio di non espulsione per i migranti a rischio, i diritti fondamentali, ma soprattutto la dignità dei migranti. Con tale programma si apre una fase di revisione del processo europeo di asilo e delle c.d. procedure Dublin. I fini principali sono: a) l'incremento della cooperazione pratica tra gli Stati membri, con l'istituzione del sistema COI¹³³, composto da esperti; b) un sostegno particolare agli Stati membri soggetti a un elevato numero di richiedenti asilo, con sistemi di allerta precoce; c) la costruzione di un sistema comune¹³⁴, che, sulla base di

132 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 170-173.

133 Country of origin information, ha lo scopo di far sì che tutti gli agenti deputati all'esame delle domande di asilo di ogni Stato membro seguano moduli comuni e abbiano accesso alle stesse informazioni sui paesi di origine.

134 Alcune finalità dovranno essere realizzate da parte dell'EASO entro il 2012, altre

quanto avvenuto nella prassi, contribuisca alla creazione di manuali dai quali si possano estrapolare linee direttrici di accoglienza valide per tutti¹³⁵.

7.4 La riforma introdotta dal Trattato di Lisbona: l'allineamento definitivo delle norme sull'asilo al metodo comunitario

Con il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre del 2009, si è avuto l'ultimo passaggio verso un regime di asilo comune, anche se non ancora completato. Con esso si vuole ottenere un'Unione europea più democratica, che si ispiri ai valori di affidabilità, apertura, trasparenza e partecipazione, ma soprattutto un'Unione europea più efficiente che sia in grado di affrontare la sicurezza e lo sviluppo sostenibile. In base all'art. 3 del Trattato, l'UE si fa promotrice dei valori quali la pace, il benessere dei suoi popoli, offrendo ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone e, al contempo, misure mirate per i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione e la lotta della criminalità. La vera novità è rappresentata dall'art. 67 comma 2 TFUE, dove si rinnova l'applicazione del principio di solidarietà e l'equiparazione degli apolidi ai cittadini di Paesi terzi. L'impegno dell'UE si evince all'art. 78 par. 2, dove si prevede che Parlamento europeo e Consiglio, deliberino secondo procedura legislativa ordinaria e adottino misure relative a sistema europeo comune comprendente: a) uno status uniforme in materia di asilo a favore di cittadini di paesi terzi, valido in tutta l'Unione; b) uno status uniforme

entro il 2014. L'European Asylum Support Office ha sede a Malta e si è insediato il 24 e 25 novembre 2010, dopo la nomina dei suoi amministratori che hanno funzioni operative.

135 Cfr. E. ROSSI, L. VITALI, *I rifugiati in Italia e in Europa. Procedure di asilo tra controllo e diritti umani*, Torino, 2011, pp.127, 128.

in materia di protezione sussidiaria per i cittadini di Paesi terzi bisognosi di protezione internazionale; c) un sistema comune volto alla protezione internazionale; d) procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria; e) criteri e meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo o di protezione sussidiaria; f) norme concernenti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo o protezione sussidiaria; g) il partenariato e la cooperazione con Paesi terzi per gestire i flussi di richiedenti asilo o protezione sussidiaria o temporanea". Il par. 3 prevede che in caso di situazione di emergenza per gli Stati membri, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, «possa adottare eventualmente delle misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati»¹³⁶. Per quanto concerne il rapporto del Trattato con i precedenti è opportuno fare alcune osservazioni: rispetto alla Carta di Nizza, ha affermato che “ha lo stesso valore giuridico dei trattati”. Essa infatti racchiude i valori condivisi tra gli Stati i valori condivisi tra gli Stati: dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, democrazia e stato di diritto. Rispetto, invece, al Trattato di Maastricht, il Trattato di Lisbona trasforma la procedura di codecisione nella procedura legislativa standard di tutto lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, completando così il processo di comunitarizzazione delle competenze in materia di Giustizia e Affari Interni. In particolare l'art. 67 comma 3 TFUE stabilisce che “l'Unione si adopera per garantire un elevato livello di sicurezza attraverso [...] misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti”. Per quanto riguarda le misure attivabili sui confini esterni, l'art. 77 comma 2, lett. b) si riferisce alle “misure riguardanti i

136 E. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 176.

controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne”, mentre l'art. 7 comma 2 lett. d) dispone che l'Unione è competente rispetto a “qualsiasi misura necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne”. Degno di nota è il concetto di gestione integrata delle frontiere esterne. Esso era stato già definito nel dicembre 2006 nelle conclusioni del Consiglio GAI. Ciononostante ad oggi risulta essere ancora un concetto ampio, comprendente sia il controllo alle frontiere esterne, sia la lotta contro il crimine organizzato e la cooperazione tra le diverse agenzie comunitarie preposte: Frontex¹³⁷, Eurojust, Europol. Per avere un quadro più chiaro in merito, è necessario approfondire la portata dell'art. 77, comma 2 sopracitato. Due sono le opinioni che emergono: da un lato, tale norma è talmente ampia che si potrebbe pensare che le competenze dell'agenzia Frontex si possano estendere fino al settore della cooperazione di polizia. Dall'altro, tale obiettivo potrebbe essere perseguito ai sensi delle disposizioni in materia di cooperazione di polizia. Ancora una volta siamo in presenza di uno strumento di tutela dei diritti umani, compreso il diritto di asilo. Viene ribadita, quindi, l'importanza di offrire protezione a coloro che la richiedono, e per fare ciò è fondamentale che gli Stati membri abbiano procedimenti comuni sia per l'analisi delle domande, sia per quando concerne il regime di trattamento dei rifugiati e richiedenti asilo, sia infine per la situazione degli sfollati. Tutto ciò operando un bilanciamento tra la tutela dei diritti umani e l'esigenza di sicurezza interna stabilità.

In conclusione, dunque, il Trattato di Lisbona rappresenta il passaggio effettivo da un sistema di armonizzazione minima ad un regime uniforme su tutto il territorio dell'Unione, anche se tuttora non è ancora stato completato né da un punto di vista sostanziale, né da un punto di

¹³⁷ Ad essa gli Stati membri devono fornire il personale responsabile necessario per i controlli alle frontiere esterne con un'adeguata formazione in materia di diritti e doveri della protezione internazionale dei diritti umani e dei migranti.

vista procedurale¹³⁸.

7.5 La “direttiva qualifiche”

Durante la vigenza del Trattato di Amsterdam, è stata adottata la direttiva 2004/83, anche detta “qualifiche”. Essa è stata il frutto di una procedura in cui il Parlamento europeo ha avuto un ruolo marginale, mentre il Consiglio ha avuto un ruolo preminente, ed è stata sostituita – a partire dal 21 dicembre 2013 – dalla direttiva 2011/95, alla quale faremo riferimento in questa sede¹³⁹. La direttiva ci offre la nozione di coloro che sono ritenuti meritevoli di protezione internazionale ed è importante perché contribuisce a chiarire il complesso quadro normativo dell'UE¹⁴⁰.

Gli scopi della direttiva “qualifiche” si possono evincere in primis dal considerando n° 12, che recita: “Lo scopo principale della presente direttiva è quello, da una parte, di assicurare che gli Stati membri applichino criteri comuni per identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale e, dall'altra, di assicurare che un livello minimo di prestazioni sia disponibile per tali persone in tutti gli Stati membri”¹⁴¹, e significa che gli Stati membri debbano adottare criteri comuni per riconoscere le persone che hanno

138 Cfr. E. BENDETTI, *op. cit.*, pp. 174-181.

139 La nuova direttiva qualifiche – o meglio, le disposizioni di questa che modificano la “vecchia” direttiva qualifiche – dovranno essere recepite dagli Stati membri vincolati entro il 21 dicembre 2013.

A decorrere da quella data, la direttiva 2004/83/CE sarà abrogata, ma solo per gli Stati membri destinatari dalla nuova direttiva qualifiche. Si noti infatti che, come loro permesso dal relativo Protocollo annesso ai Trattati, il Regno Unito e l'Irlanda hanno scelto di non essere vincolate dalla Direttiva 2011/95/UE. Tali Stati continuano dunque a essere vincolati dalle norme della precedente direttiva qualifiche. La Danimarca non è vincolata dalla direttiva qualifiche in virtù del Protocollo sulla sua posizione annesso ai Trattati.

140 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 193 e ss.

141 https://www.unhcr.it/sites/53a161110b80eeaac7000002/assets/53a164110b80eeaac7000103/Direttiva_Qualifiche_2011.pdf

effettivamente bisogno di protezione internazionale e che, per essi, sia garantito un livello minimo di prestazioni in ogni Stato membro¹⁴². In secondo luogo il considerando n° 13 recita: “Il ravvicinamento delle norme relative al riconoscimento e agli elementi essenziali dello status di rifugiato e dello status di protezione sussidiaria dovrebbe contribuire a limitare il movimento secondario dei richiedenti protezione internazionale tra gli Stati membri, nei casi in cui tali movimenti siano dovuti esclusivamente alla diversità dei quadri giuridici”¹⁴³. In altre parole si vuole che l'armonizzazione contribuisca a limitare i movimenti secondari, cioè quelli relativi allo “scambio” di richiedenti asilo, dovuti alla difformità delle discipline sulla competenza di uno Stato a esaminare la domanda, col risultato che questa venga poi effettivamente esaminata. All'interno della direttiva possiamo osservare numerosi rinvii alla Convenzione di Ginevra; i più importanti riguardano i considerando nn° 4, 23 e 24¹⁴⁴, dove si afferma rispettivamente che la Convenzione di Ginevra è “la pietra angolare della disciplina giuridica odierna”, che è necessario introdurre norme minime che orientino gli Stati membri “nell'applicazione della Convenzione di Ginevra” e i “criteri comuni [...] ai sensi dell'art. 1” di detta Convenzione. Sulla base di ciò la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato l'esistenza di un obbligo di interpretazione conforme della direttiva nei confronti delle qualifiche poste dalla Convenzione. Assenti, invece, i riferimenti alla CEDU, sebbene essa, secondo la relazione che accompagna la proposta della Commissione, sia stata la base della direttiva stessa.

Oltre all'armonizzazione, scopo della direttiva è codificare la protezione sussidiaria, ossia la tutela che riguarda la posizione di un

142 Vedi anche considerando n° 6 della direttiva 2004/83.

143 Vedi anche considerando n° 7 della direttiva 2004/83.

144 Vedi i considerando nn° 3, 16, 17 della direttiva 2004/83. Quest'ultima a differenza di quella attuale, conteneva i riferimenti alle norme minime (“minimum standards”), che la direttiva attuale ha sostituito con “norme” o “criteri”.

individuo rispetto ad uno Stato diverso da quello di cittadinanza, in virtù dell'impossibilità di allontanarlo verso un Paese nel quale rischia la tortura o la pena di morte¹⁴⁵. Infatti al considerando 24 ne troviamo la definizione precisa: “la protezione sussidiaria dovrebbe avere carattere complementare e supplementare rispetto alla protezione dei rifugiati sancito dalla Convenzione di Ginevra”. Pertanto la protezione che discende dalla necessità di rispettare la CEDU è sussidiaria, in quanto la sua verifica completa il quadro offerto dalla Convenzione di Ginevra.

Da un punto di vista applicativo la direttiva riguarda solo i cittadini di Stati terzi o gli apolidi, esclusi i cittadini dell'UE. Tale limitazione ha suscitato qualche dubbio di conformità rispetto all'art. 42 della Convenzione di Ginevra, la quale non consente di apporre alcuna riserva all'art. 1, che fornisce la definizione di rifugiato. In realtà non è preclusa la possibilità a un cittadino di uno Stato membro di chiedere asilo presso un altro Stato membro; infatti se osserviamo il considerando n° 13, la direttiva si applica “nel rispetto del protocollo sull'asilo dei cittadini degli Stati membri dell'Unione”, che ammette che una domanda del genere possa essere esaminata ed accolta. Tuttavia in tal caso lo Stato membro richiesto non sarà tenuto ad applicare le norme della direttiva, rimanendo direttamente vincolato a quelle della Convenzione di Ginevra. Un potenziale problema potrebbe derivare dal caso in cui un cittadino di uno Stato membro si veda rifiutare una domanda di asilo, presentata presso uno Stato terzo. Questo in virtù della presunzione secondo cui, essendo anche cittadino dell'UE e godendo dunque del diritto di libera circolazione e soggiorno, può trovare protezione presso un qualunque Stato membro dell'UE. Importante, a tal proposito è l'individuazione del paese terzo sicuro: la protezione da parte di un altro Stato è legittima se il

145 Vedi art. 3 CEDU.

richiedente, in tale luogo, non debba temere alcun rischio ed abbia con tale Paese un legame effettivo¹⁴⁶. È opportuno soffermarci su tali due aspetti. Riguardo all'ultimo, tra i criteri di collegamento si annoverano: la cittadinanza o la residenza, il ricongiungimento familiare, il transito temporaneo. Invece, riguardo al primo aspetto, cioè la sicurezza dello Stato di destinazione – e dunque l'assenza di rischio in esso – è necessario che questo rispetti il divieto di refoulement. Secondo quanto affermato dall'ACNUR: “in determining whether a country is safe, states should take into account the following factors: its respect for human rights and the rule of law, its record of not producing refugees, its ratification and compliance with human rights instruments and its accessibility to independent national or international organisations for the purpose of verifying and supervising respect of human rights”. Ciò significa, in altre parole, che, nell'individuazione del Paese sicuro, gli Stati devono tenere di conto diversi fattori: che il Paese rispetti i diritti umani e la legge, esegua la ratifica degli strumenti sui diritti umani, renda possibile la verifica e la supervisione, da parte di organizzazioni internazionali e nazionali, del rispetto dei diritti umani. La prassi degli Stati in tale ambito si riscontra in tre fenomeni, in base ai quali la designazione del Paese sicuro persegue: 1) il *burden-sharing*¹⁴⁷ cioè quando l'individuazione del Paese sicuro è necessaria per distribuire fra i membri di un accordo, la competenza ad esaminare la domanda di asilo, e il richiedente viene allontanato verso il Paese individuato in base a detti criteri; 2) *safe third country*, quando gli Stati stabiliscono unilateralmente i presupposti, affinché il richiedente venga allontanato verso il Paese con cui ha legame più stretto, sempre che gli venga offerta una protezione analoga a quella del Paese in cui ha fatto domanda; 3) *safe country of origin*, dove gli Stati predispongono un elenco contenente i Paesi di origine nei quali il richiedente non ha

146 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 193-197.

147 Vedi retro par. 7.3.

timore di subire alcuna persecuzione, e pertanto può essere ivi allontanato. Questi tre contesti hanno in comune la valutazione positiva della sicurezza dello Stato, anche se hanno diversi fini: nel primo caso, il fine è quello di razionalizzare l'analisi delle domande di asilo, nell'ottica di una cooperazione regionale o sub-regionale; nel secondo, si vuole scongiurare l'ingresso del richiedente che avrebbe potuto trovare protezione in uno Stato differente; nel terzo, si mira a valutare la domanda come priva di fondamento, per concludere che il richiedente non è rifugiato.

In merito alla prassi del *burden-sharing*, possiamo osservare che non è di per sé illegittima, posta a confronto con l'art. 33 par. 1 della Convenzione di Ginevra. Infatti lo stesso ACNUR si è espresso in senso favorevole riguardo all'adozione di accordi tra gli Stati, volti a individuare lo Stato competente per l'esame della domanda di asilo; posto che gli accordi sono la soluzione migliore al problema dei “rifugiati in orbita” e costituiscono la garanzia che la richiesta di asilo venga esaminata nel merito. Lo scopo della Convenzione è far sì che la decisione di allontanamento sia fondata su un esame approfondito del richiedente. Per cui è solo la distribuzione concreta delle responsabilità di esaminare la domanda di asilo che può entrare in conflitto con la Convenzione, in particolare qualora stabilisca delle presunzioni assolute riguardo alla natura “sicura” del Paese di destinazione. È da osservare che il regolamento Dublino II, che ha sostituito la Convenzione di Dublino, in base all'opinione della Corte di Giustizia dell'Unione: “un'applicazione del regolamento n° 343/2003 sulla base di una presunzione assoluta che i diritti fondamentali dei richiedenti asilo saranno rispettati nello Stato membro di regola competente a conoscere della sua domanda è incompatibile con l'obbligo degli Stati membri di interpretare e di applicare il regolamento n° 343/2003 in conformità ai diritti fondamentali”. Secondo la Corte si tratta di una

presunzione relativa, e pertanto è possibile che gli Stati non la rispettino, anche in base all'art. 3 par. 2 del regolamento stesso, che recita: “in deroga al paragrafo 1 [che rinvia ai criteri di determinazione dello Stato competente], ciascun Stato membro può esaminare una domanda di asilo presentata da un cittadino di Paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento. In tale ipotesi, detto Stato membro diventa lo Stato membro competente ai sensi del presente regolamento e assume gli obblighi connessi a tale competenza [...]”.

Anche per quanto concerne il c.d. *safe third country*, la designazione di un Paese sicuro fatta unilateralmente da parte dello Stato, presso cui è presentata domanda di asilo, non è contraria alla Convenzione di Ginevra, purché essa non si basi su una presunzione di carattere assoluto. L'ACNUR si è espresso a riguardo, adducendo che, nell'ipotesi in cui, un Paese figuri tra quelli giudicati sicuri, al richiedente debba essere data la possibilità di contestare la presunzione. Per far sì che la presunzione sia effettiva, è necessario che sia supportata da procedure di “salvaguardia”, simili a quelle richieste per procedure manifestamente infondate, che includano un possibilità di riesame o appello. Nella prassi si può riscontrare una sostanziale adesione alle indicazioni dell'ACNUR: in base all'Allegato II della direttiva procedure¹⁴⁸, l'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro si ha solo se “si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni [...] né tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o

148 La Direttiva modifica le disposizioni precedenti, previste dalla Direttiva 2005/85/CE del Consiglio Europeo del 1° dicembre 2005, recepita in Italia con il Decreto Legislativo 25/2008. Testo integrale della direttiva 2013/32/UE reperibile su <http://www.meltingpot.org/Direttiva-2013-32-UE-del-26-giugno-2013.html#.Vflpf9Ltmkp>.

internazionale”¹⁴⁹. L'ACNUR ha da sempre sottolineato, che elementi imprescindibili per un provvedimento di allontanamento sono: che il Paese terzo abbia legame sufficiente con il richiedente, e che sia disposto ad accoglierlo e ad esaminare, con una procedura adeguata, la sua domanda¹⁵⁰.

Abbiamo poi un ultimo contesto, quello del c.d. *safe country of origin*, che trova il suo principale esempio nell'art. 31 della direttiva procedure, secondo il quale “gli Stati membri considerano infondata la domanda di asilo, se il Paese terzo è designato sicuro a norma dell'art. 29”. Tale designazione può essere effettuata con due modalità: la prima si esplica nell'ambito dell'UE, ma non hai mai avuto effettiva applicazione, poiché la Corte di Giustizia dell'UE ha annullato le norme dell'art. 29, in quanto la designazione avveniva in base a una procedura che si discostava da quella prevista dal Trattato. La seconda, si realizza a livello nazionale ed è mantenuta dagli Stati membri, come documenta la relazione sull'applicazione della direttiva, svolta dalla

149 Precedentemente si prevedeva, all'art. 27, par. 2, lett. c), l'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro, in base all'esistenza di “norme conformi di diritto internazionale per accertare con un *esame individuale* se il Paese terzo interessato sia sicuro, norme che consentano almeno al richiedente di impugnare l'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro a motivo del fatto che egli vi sarebbe soggetto a tortura o ad altra forma piena o trattamento crudele, disumano o degradante”.

150 Ciò ha portato alla prassi dei c.d. accordi di riammissione: cioè gli Stati che non sono coinvolti in accordi che distribuiscono la competenza ad esaminare la domanda di asilo, hanno stipulato dei trattati *ad hoc* per assicurarsi il preventivo assenso degli Stati sicuri, i quali sono soliti occuparsi della maggior parte dei richiedenti asilo. Tali accordi si sono sviluppati all'interno dell'UE, ma anche al di fuori di essa. Tra i primi si annoverano quelli conclusi dall'UE col Kosovo; tra i secondi abbiamo l'accordo tra Australia e la Malaysia. A livello generale tali tipi di accordi prevedono l'obbligo da parte degli Stati firmatari di prendersi carico dei propri cittadini – discendente dal diritto internazionale – ma anche dei cittadini di Stati terzi con i quali vi sia un legame: il possesso di un visto, di un permesso di soggiorno, o perfino l'aver il richiedente transitato un Paese. Lo scopo di questi accordi è pertanto quello di garantire la certezza del rimpatrio verso gli Stati limitrofi rispetto a un determinato Paese. In particolare, se si tratta di rifugiati, l'accordo di riammissione fa ricadere la responsabilità della protezione sullo Stato terzo che si è obbligato ad accoglierli; se non si tratta di rifugiati, l'accordo impedisce che sia lo Stato interessato a occuparsi del rimpatrio, facendo sì che lo gestisca, invece, il Paese di transito. Lo Stato che effettua il rimpatrio dovrà, comunque, procedere alla verifica della sicurezza del Paese di destinazione, in base alla direttiva procedure e all'art. 3 par. 3 del Regolamento Dublino II, che rinvia al rispetto della Convenzione di Ginevra.

Commissione europea. L'art. 31, par. 1, della direttiva procedure impone, ai fini dell'applicazione del concetto di paese di origine sicuro, un *esame individuale*, onere solitamente rispettato dagli Stati destinatari della direttiva. Quanto esposto finora ci fa comprendere che il concetto di Paese sicuro, non costituisce eccezione al divieto di *refoulement*; proprio perché ha come presupposto che, il Paese di destinazione non sia quello in cui il richiedente rischia di subire persecuzioni cui fa riferimento l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, né vi è una prassi che confermi ciò¹⁵¹.

Dopo questa breve digressione riguardo al concetto di Paese sicuro, è opportuno tornare ad analizzare le norme di carattere trasversale poste dalla direttiva qualifiche. Nella prassi applicativa tre sono i problemi che vengono posti all'attenzione: quello degli individui che manifestino il bisogno fuori dallo Stato di origine – c.d. rifugiati *sur place*; quello dei soggetti che pongono in essere la minaccia e sui quali grava l'obbligo di protezione; quello della *internal flight alternative*. Il primo trova la sua disciplina all'art. 5 della direttiva, che prevedeva e prevede tuttora due casi: quello in cui il rischio sorge a causa di eventi “esterni” – ad esempio, al par. 1 si ipotizza un cambiamento improvviso del regime nel Paese di origine¹⁵²; quello in cui il cambiamento riguardi un individuo, che, ad esempio, una volta all'estero, manifesti opinioni contrarie alla politica del suo governo, come recita il par. 2¹⁵³. Per rendere il quadro più chiaro è opportuno riportare quanto previsto dal

151 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 81-91.

152 A riguardo la Corte amministrativa di Stoccarda aveva ritenuto che una donna libanese – che, in un primo momento, si era vista negare lo status di rifugiata avesse, solo in seguito, acquisito tale posizione, durante la permanenza in Germania; in tale luogo, infatti, aveva divorziato dal marito e questo aveva dato luogo al rischio di ritorsioni da parte del fratello, intenzionato a ucciderla per aver violato i dogmi posti dalla religione islamica.

153 Il par. 2 recita: “il timore fondato di essere perseguitato o il rischio effettivo di subire un danno grave può essere basato su attività svolte dal richiedente dopo la sua partenza dal Paese d'origine, in particolare quando sia accertato che le attività addotte costituiscono l'espressione e la continuazione di convinzioni od orientamenti già manifestati nel Paese di origine”.

par. 3, che consente agli Stati, quando si trovino di fronte ai soli rifugiati, di respingere una domanda successiva – cioè presentata dopo che una precedente non sia stata accettata – se “il rischio di persecuzione è basato su circostanze determinate dal richiedente stesso dopo la partenza dal Paese di origine” – c.d. *bootstrap refugees*. Infatti è opportuno valutare la credibilità del richiedente in base a come costui viveva, nello Stato di origine, ma se il richiedente si comporta in modo da ritrovarsi in una situazione di persecuzione, gli Stati possono presumere che la domanda successiva sia infondata.

Altre modifiche rispetto alla direttiva precedente si hanno in materia di valutazione della domanda: i responsabili della persecuzione e i soggetti che offrono protezione sono regolati dagli artt. 6 e 7. L'art. 6 disciplina i responsabili della persecuzione (per i rifugiati) o del danno (per la protezione sussidiaria): a) lo Stato; b) i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio. Tale elenco è esaustivo e nel caso in cui non si tratti dello Stato, ma di partiti o organizzazioni (comprese le organizzazioni internazionali) che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio, si inserisce la condizione che abbiano la volontà e la capacità di offrire protezione, conformemente al paragrafo 2. Si prevede che la protezione contro persecuzioni o danni gravi debba essere "effettiva" e "non temporanea"¹⁵⁴. L'art. 7, par. 2, infatti, fa riferimento ad “adequate misure per impedire che possano essere inflitti atti persecutori o danni gravi, avvalendosi tra l'altro di un sistema giuridico effettivo che permetta di individuare, di perseguire penalmente e di punire gli atti che costituiscono persecuzione o danno grave [...]. Il richiedente deve avere accesso a tale protezione. Tra gli elementi di valutazione devono essere considerate “le condizioni per l'esercizio dell'attività delle istituzioni, amministrazioni e autorità di pubblica sicurezza, da un lato,

¹⁵⁴ Tratto da <http://www.meltingpot.org/La-nuova-Direttiva-Qualifiche-Pubblicazione-nella-Gazzetta.html#.VguVU-ztmkq>

e, dall'altro, dei gruppi o entità del Paese terzo che potrebbero essere all'origine, con le loro azioni o inattività, di atti di persecuzione [...]. Infine, per quanto concerne la protezione interna l'art. 8 si riferisce all'ipotesi di *internal flight alternative*, la quale risulta discostarsi dalla CEDU e dalla Convenzione di Ginevra. Rispetto alla direttiva precedente indica i fattori necessari affinché uno Stato possa dirsi sicuro, ma subordina il ritorno del richiedente, alla circostanza che, fra questo e la zona interna sicura vi sia collegamento, tale da rendere verosimile che egli vi si possa trasferire e, in seconda istanza, che abbia accesso alla protezione contro persecuzioni o danni gravi di cui all'art. 7. Il secondo paragrafo aggiunge che con riguardo alla valutazione del rischio, “gli Stati membri tengono conto, al momento della decisione sulla domanda, delle condizioni generali vigenti in tale parte del Paese, nonché delle circostanze personali del richiedente, in conformità all'art. 4. A tal fine gli Stati membri assicurano che informazioni precise e aggiornate pervengano da fonti pertinenti, quali l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati e l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo”¹⁵⁵.

È opportuno adesso approfondire i destinatari della protezione internazionale. L'art. 2 della direttiva, infatti, fornisce la definizione degli individui beneficiari, attingendo da quanto emerge dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU: il rifugiato e, rispettivamente, la persona ammissibile alla protezione sussidiaria¹⁵⁶. In questa sede ci occuperemo meramente del rifugiato. Riguardo a quest'ultimo, l'art. 2 lett. c)¹⁵⁷ riprende l'art. 1 par. A, n° 2 della Convenzione di Ginevra, e il considerando n° 21 esplicita che il riconoscimento dello status di

¹⁵⁵ In precedenza vi era anche un terzo paragrafo che affermava espressamente che la *internal flight alternative* potesse applicarsi “nonostante ostacoli tecnici al ritorno al paese di origine”.

¹⁵⁶ Per un ulteriore approfondimento del tema si veda F. CHERUBINI, *op. cit.*, pp.216-223.

¹⁵⁷ Precedentemente art. 2, lett. b), della direttiva 2003/84.

rifugiato è un atto ricognitivo¹⁵⁸, analogamente alla prassi della Convenzione di Ginevra. Tuttavia, nella direttiva qualifiche sono assenti le limitazioni geografiche e temporali; infatti tutti gli Stati membri hanno aderito alla Convenzione di Ginevra, senza accettare la riserva geografica, e hanno ratificato il Protocollo del 1967, eliminando così quella temporale. Da un altro punto di vista, possiamo notare la coincidenza tra la direttiva e la Convenzione, osservando quanto affermato dall'art. 2, lett. e): “«status di rifugiato»: il riconoscimento da parte di uno Stato membro, di un cittadino di un Paese terzo o di un apolide quale rifugiato”¹⁵⁹. La nuova direttiva qualifiche precisa all'art. 2 lett. b), che la nozione di “beneficiario di protezione internazionale, è la persona cui è stato concesso lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria”. L'unica disposizione che si applica a tutti i rifugiati è l'art. 21, par. 2, che elenca le eccezioni al divieto di *refoulement*, e fa emergere che tale divieto riguarda “un rifugiato formalmente riconosciuto o meno”. La definizione di rifugiato emerge dagli artt. 9 e 10, i quali specificano il significato di atto persecutorio e i motivi legati ad esso, lasciando scoperta la nozione di timore ben fondato, che, come sappiamo, in base alla Convenzione di Ginevra richiede l'analisi dell'elemento soggettivo e di quello oggettivo. Al contrario, la direttiva sembra escludere dall'indagine, la percezione soggettiva del pericolo, posto che si limita a elencare i fattori oggettivi, sui quali basare la decisione di accertamento dello status. In realtà, ciò che si vuole evidenziare è che, non è necessario che il richiedente avverta il rischio dal suo punto di vista, ma non si esclude la rilevanza di elementi relativi al singolo. A tal proposito, l'art. 4, par. 3, lett. c), impone agli Stati di considerare la “situazione individuale e le circostanze personali del richiedente, in

158 Ad oggi corrisponde il considerando n° 14 della direttiva 2004/83, secondo cui “il riconoscimento dello status di rifugiato è un atto declaratorio”.

159 Precedentemente art. 2, lett. d).

particolare l'estrazione, il sesso e l'età"¹⁶⁰.

L'art. 9 offre la definizione di persecuzione e richiama espressamente l'art. 1A della Convenzione di Ginevra. Al par. 1, lett. a) vengono indicati "atti sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa a norma dell'art. 15, paragrafo 2, della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"¹⁶¹. Due sono gli elementi messi in luce da tale disposizione: il fatto che i beni colpiti debbano essere diritti umani fondamentali e, inoltre, che sia superata una determinata soglia di intensità della condotta offensiva. Il primo si deduce dall'art. 15, par. 2 della CEDU, che include il diritto alla vita, il divieto della tortura, la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato e il principio della legalità in materia penale. Il secondo elemento è quello della gravità della violazione, che si ricava dalla natura e dalla frequenza. Ci troveremo sempre di fronte a una persecuzione, nel caso di un diritto particolarmente protetto – come quelli elencati sopra. Nel caso, invece, di diritti fondamentali, ma esterni al nucleo duro del diritto internazionale, si tratterà di persecuzione, solo se la violazione è ripetuta. L'art. 9, par. 1, lett. b) cita le altre ipotesi nelle quali si tratta di persecuzione: in particolare, qualora gli atti costituiscano "la somma di diverse misure, tra cui grave violazione di diritti umani, tale che abbia lo stesso effetto di cui alla lettera a)"¹⁶². In questo caso, la protezione riguarda tutti i diritti umani indipendentemente dalla loro natura; ma non è sufficiente che sia reiterata la stessa condotta, bensì è necessaria la somma di diverse misure, tra cui la violazione di diritti umani. L'art. 9, par. 2 contiene un elenco degli atti persecutori: alla lett. b), fa

160 Ad esempio la Corte amministrativa di Münster ha affermato che il rischio di subire mutilazioni genitali e un matrimonio forzato, fosse più elevato nel caso di: una donna, single, della quale si optasse per il ritorno in Nigeria.

161 Norma analoga era prevista dalla direttiva 2004/83.

162 Negli stessi termini si esprimeva la direttiva 2004/83.

riferimento ai “provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia e/o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio”; alla lett. c) si trova un riferimento alle “azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie”. Ovviamente, come nella Convenzione di Ginevra, la persecuzione deve necessariamente essere legata ad uno dei motivi previsti: razza, religione, nazionalità, appartenenza a un gruppo sociale e l'opinione politica; l'art. 9 se ne occupa al suo par. 3, facendo espresso rinvio all'art. 10, par. 2, sulla base dell'art. 2, lett. d)¹⁶³. La vera novità sta nel fatto che ognuno dei motivi suddetti, non deve essere né l'unico, né determinante ai fini dell'esistenza di un nesso: in base alla relazione della Commissione, uno dei motivi deve essere “significativamente connesso al timore di persecuzione”. L'art. 10, par. 2, infatti, afferma che: “nell'esaminare se un richiedente abbia un timore fondato di essere perseguitato è irrilevante che il richiedente possenga effettivamente le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano atti di persecuzione, purché una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni”¹⁶⁴. Dalla disamina di tale disposizione si evince: in primis l'esclusione dell'oggettivo possesso da parte del richiedente delle qualità idonee a scatenare una persecuzione ai suoi danni; in secondo luogo, rileva, l'intenzione del persecutore – complessivamente in linea con la Convenzione di Ginevra. Quanto ai singoli motivi di persecuzione – disciplinati dall'art. 2 lett. a) – è opportuno fornire una breve spiegazione. La razza comprende “considerazioni inerenti alla pelle, alla discendenza o all'appartenenza ad un determinato gruppo etnico”. La Commissione nella sua relazione ha adottato un'interpretazione estensiva, che arriva così ad abbracciare “tutti i tipi di gruppi etnici e tutte le definizioni sociologiche date al

¹⁶³ Precedentemente, nella direttiva 2004/83, art. 2, lett. c).

¹⁶⁴ Allo stesso modo la precedente direttiva 2004/83.

termine”; inoltre ha precisato che la condotta del persecutore è spesso dovuta alla convinzione che “la vittima della persecuzione appartenga ad un gruppo razziale diverso dal proprio, per motivi di reale o presunta diversità”. La religione, non si discosta molto dalla definizione offerta dalla Convenzione di Ginevra, ma per essere violata è necessario che vi sia una reiterazione dell'offesa. Per quanto riguarda la nozione di nazionalità, questa non si limita a ricomprendere la cittadinanza, ma si estende fino a “l'appartenenza ad un gruppo caratterizzato da un'identità culturale, etnica o linguistica, comuni origini geografiche o politiche o la sua affinità con la popolazione di un altro Stato”. Il risultato è una parziale sovrapposizione al concetto di razza e, al contempo, l'inclusione di casi di parentela o affinità a individui di altre nazionalità, ad esempio famiglie miste. L'unica modifica effettuata dalla nuova direttiva 2011/95, rispetto alla precedente, riguarda l'appartenenza a un gruppo sociale. Quest'ultimo, diversamente dalla Convenzione di Ginevra, deve identificarsi in base a oggettive caratteristiche innate o irrinunciabili, unitamente alla percezione esterna che di esso si ha. In questo modo, i giudici si trovano disorientati e pertanto adottano un approccio misto, considerando elementi oggettivi ovvero elementi soggettivi. Contrasti accesi si sono avuti con riguardo alla più importante novità introdotta dalla direttiva 2011/95. In particolare essa ha reso obbligatoria – all'art. 10, par. 1, lett. d) – la valutazione di considerazioni di genere, compresa l'identità di genere, “ai fini della determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o dell'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo”. Nella ex direttiva qualifiche, essa non era obbligatoria, in quanto “possono valere considerazioni di genere, sebbene non costituiscano di per sé, una presunzione di applicabilità del presente articolo”. In merito molti Stati si sono rivelati restii a inserire elementi esemplificativi espressi

all'orientamento sessuale, all'età e al genere. Si è solo aggiunto che “l'orientamento sessuale può identificare il gruppo, tenendo conto delle circostanze nel Paese di origine”, ma escludendo le condotte che abbiano rilevanza penale; dall'altro il genere può essere tenuto di conto, ma non considerato determinante. Proprio la nuova direttiva qualifiche ha reso obbligatoria la valutazione del genere e l'ha modificata. Infine l'opinione politica è intesa come la “professione di un'opinione, un pensiero, una convinzione su una questione inerente ai potenziali persecutori [...] e alle loro politiche o metodi. Si ricomprende così ogni attività che rientri in quelle che fanno capo allo Stato, indipendentemente dal fatto che il richiedente le abbia già manifestate o meno. Tant'è che l'art. 10, par. 2 adotta come criterio determinante l'intenzione del persecutore: se viene attribuita una certa opinione politica ad un individuo, non rileva la sua manifestazione.

Adesso è il momento di occuparci delle clausole di cessazione e di esclusione, che divergono sotto molti aspetti rispetto alla Convenzione di Ginevra, e alla CEDU. Per quanto concerne il rifugiato, tali clausole sono disciplinate dall'art. 11, par. 1, che riprende grosso modo l'art. 1, par. C, della Convenzione di Ginevra, che recita: “un cittadino di Paese terzo o un apolide cessa di essere rifugiato qualora: a) si sia volontariamente avvalso di nuovo della protezione del Paese di cui ha cittadinanza; b) avendo perso la cittadinanza, l'abbia volontariamente riacquisita; c) abbia acquistato una nuova cittadinanza e goda della protezione del Paese di cui ha riacquisito la cittadinanza; d) si sia volontariamente ristabilito nel Paese che ha lasciato o in cui non ha fatto ritorno per timore di essere perseguitato; e) non possa più rinunciare alla protezione del Paese di cui ha la cittadinanza, perché sono venute meno le circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello status di rifugiato; f) se trattasi di un apolide, sia in grado di tornare nel Paese nel quale aveva la dimora abituale, perché

sono venute meno le circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello status di rifugiato”. La modifica operata dalla nuova direttiva qualifica riguarda meramente l'aggiunta di un terzo paragrafo, secondo cui: “il paragrafo 1, lett. e) ed f), non si applica al rifugiato che possa invocare l'esistenza di motivi di imperio derivanti da precedenti persecuzioni, tali da rifiutare di avvalersi della protezione del Paese di cui ha la cittadinanza ovvero, se trattasi di un apolide, del Paese in cui aveva precedentemente la dimora abituale”. Come possiamo osservare, è una deroga, che vuole attuare l'eccezione dell'art. 1, par. C, nn° 5 e 6, riguardo ai c.d. *history* o *statutory refugees*¹⁶⁵; anche se si applica a tutti i rifugiati, e per questo comporta il rischio di richiedere agli Stati una protezione eccessiva. Sarebbe stato più opportuno limitare l'estensione agli *statutory refugees*, attuando la Convenzione di Ginevra e lasciando agli Stati la facoltà di concedere il prolungamento dello status su basi umanitarie, come già previsto dalla direttiva 2004/83.

L'art. 11, par. 2, precisa che la natura del cambiamento, che comporta l'esclusione, deve essere “significativa e non temporanea”, tale da “eliminare il fondato timore di persecuzioni”. Le clausole di esclusione sono invece previste dall'art. 12, che riprende l'art. 1 paragrafi D-F, della Convenzione di Ginevra. In particolare l'art. 12, par. 2 riproduce l'art. 1, par. F. Tutte le clausole si aprono con “fondati motivi per ritenere”; l'art. 12, par. 3 prevede che l'applicazione delle clausole di esclusione, venga meno per chi abbia commesso o si sia reso colpevole di uno degli atti del par. 2, ma anche e per le “persone che istigano o altrimenti concorrono alla commissione di crimini, reati o atti in esso menzionati”. Questo significa che l'interessato non debba essere necessariamente l'autore materiale del crimine, ma possa concorrere in

165 Un esempio si ha con riguardo agli ebrei che avevano vissuto le esperienze nei campi di concentramento in Germania, e dei quali vi si voleva impedire il ritorno in luoghi che potessero evocare memorie drammatiche.

altro modo, soprattutto nei crimini quali il terrorismo, cioè reati associativi. La Corte, inoltre, ha precisato e ribadito che l'esclusione debba avere un previo esame individuale, volto a far emergere la natura *personale* della responsabilità per gli atti incriminati, in base a criteri oggettivi e soggettivi applicabili a una persona, quali “la sua posizione all'interno dell'organizzazione, il grado di conoscenza che essa aveva o si poteva presumere avesse delle attività di quest'ultima, le eventuali pressioni alle quali sia stata sottoposta o altri fattori atti a influenzarne il comportamento”. Si precisa poi che, non è necessario effettuare un test di proporzionalità tra la gravità degli atti commessi con la natura del rischio che il richiedente corre nel Paese di destinazione; perché altrimenti si darebbe luogo a un doppio esame. Sempre con riferimento all'art. 12, par. 2, la lett. b) precisa che il reato grave di diritto comune deve essere stato commesso dal richiedente “prima del momento in cui gli è rilasciato un permesso di soggiorno basato sul riconoscimento dello status di rifugiato”; il reato suddetto deve consistere in “atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune”. La norma, da un lato, amplia l'arco di tempo in cui può essere commesso il reato grave, in quanto non si arresta al momento dell'ingresso del richiedente, ma si estende a quello dell'accertamento, o rilascio del permesso di soggiorno. Con il termine reati “comuni”, vengono compresi anche i reati con obiettivi politici, quando vi è sproporzione tra gli stessi e i mezzi usati per perseguirli. In tal senso si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza *B e D*, con riguardo agli atti terroristici, che in quanto “caratterizzati dalla loro violenza nei confronti delle popolazioni civili, anche se sono commessi con un dichiarato obiettivo politico, devono essere considerati reati gravi di diritto comune”. Ciononostante la Corte lascia incerta la loro definizione, posto che “il giudice di rinvio è il solo a conoscere

l'insieme delle circostanze che caratterizzano i casi di specie, e la direttiva non istituisce un regime uniforme in materia”. Per quanto riguarda invece la lett. c), che rinvia agli atti contrari agli scopi e ai principi delle NU, “quali stabiliti nel preambolo e negli art. 1 e 2 della Carta”, è opportuno interpretarla alla luce del considerando n° 31¹⁶⁶, che richiama le risoluzioni delle NU sulla lotta al terrorismo, per identificare tali scopi e principi. Tuttavia bisogna tenere di conto che le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza non sempre sono vincolanti in ogni loro parte, e tale organo deve agire conformemente alla Carta delle NU e ai principi e finalità della stessa.

Le clausole di cessazione ed esclusione dallo status di rifugiato sono collocate anche all'art. 14 paragrafi 3-5, con alcune varianti rispetto alla Convenzione di Ginevra. Il par. 3, lett. a) si limita a stabilire, che dopo che lo status è stato riconosciuto, esso deve essere revocato ove lo Stato membro decida che “la persona in questione avrebbe dovuto essere esclusa o è esclusa dallo status di rifugiato ai sensi dell'art. 12”. L'esclusione si concretizza in provvedimenti di mancato rinnovo dello status o motivi di revoca; con il termine “è esclusa” si rimanda al fatto che l'esclusione possa avvenire anche dopo l'ingresso del rifugiato nel Paese di asilo, come nell'art. 12, par. 2. L'art. 14, par. 3, lett. b), invece precisa che in caso di condotta fraudolenta del rifugiato al momento della domanda, costui possa decadere dallo status, qualora la falsa rappresentazione fosse finalizzata all'ottenimento dello status. La differenza maggiore si nota osservando l'art. 14, par. 4, che «accomuna alle clausole di cessazione, le eccezioni al divieto di *refoulement*», fissate dall'art. 33, par. 2, della Convenzione di Ginevra. Ad esso segue il par. 5 che stabilisce che, nel caso dei motivi del par. 4, può essere escluso *ab initio* lo status di rifugiato. Ciò che ne risulta è un impedimento dell'acquisizione dello status o la sua cessazione, per un

166 Nella direttiva 2004/83, considerando n° 22.

soggetto che rappresenta un pericolo per la sicurezza dello Stato o per la sua comunità. L'art. 33 par. 2 della Convenzione di Ginevra, esclude solo l'applicazione del divieto di *refoulement*, non lo status di rifugiato, che ne costituisce presupposto. Diverse sono le procedure della Convenzione di Ginevra e gli art. 11 e 12, par. 2 della direttiva. Nella prassi riguardante la Convenzione di Ginevra, la procedura di inclusione “*atrae*” quella per l'accertamento delle clausole di esclusione e delle eccezioni al divieto di *refoulement*. Quest'ultimo costituisce dunque l'impianto generale dello status¹⁶⁷. L'accomunamento tra le clausole di cessazione e di esclusione viene però temperato dai par. 4 e 5, che prevedono la possibilità per gli Stati di equiparare dette eccezioni ai motivi di cessazione e di esclusione¹⁶⁸. Da ultimo sembra appropriato trattare brevemente le novità introdotte in merito al contenuto della protezione. A livello generale, la nuova Direttiva avvicina il contenuto dello status di protezione sussidiaria a quello dello status di rifugiato, eliminando parte delle possibilità che gli Stati avevano di limitare l'accesso ad alcuni diritti ai soli rifugiati; anche se, di fatto, pochi Stati membri si erano avvalsi di tale possibilità¹⁶⁹. Quanto al permesso di soggiorno rilasciato ai beneficiari di protezione sussidiaria (e ai loro familiari), l'art. 24 precisa che deve essere valido, in caso di rinnovo, per almeno due anni¹⁷⁰.

Circa il documento di viaggio per i titolari di protezione sussidiaria, il nuovo art. 25, par. 2 elimina la limitazione alle gravi ragioni umanitarie che rendano necessaria la loro presenza in un altro Stato, mentre mantiene il requisito di trovarsi nell'impossibilità di ottenere un passaporto nazionale. In materia di accesso all'occupazione,

167 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 193-236.

168 Per un approfondimento riguardo alle clausole di cessazione e di esclusione della protezione sussidiaria si veda F. CHERUBINI, pp. 232-236.

169 Si veda in proposito la Relazione della Commissione sull'applicazione della Direttiva 2004/83/CE (COM(2011)314).

170 Si noti che la Commissione aveva proposto di portare anche la durata minima di questo permesso a tre anni, come per lo status di rifugiato.

all'assistenza sanitaria e agli strumenti di integrazione, lo status di protezione sussidiaria viene messo sullo stesso livello di quello di rifugiato¹⁷¹.

Il riconoscimento delle qualifiche, è disciplinato ora da un articolo a sé: l'art. 28, che, oltre a garantire parità di trattamento con i cittadini, stabilisce che gli Stati devono anche adoperarsi per agevolare il pieno accesso a sistemi di valutazione, convalida e accreditamento dell'apprendimento precedente.

In merito all'assistenza sanitaria, l'art. 30 sancisce l'obbligo per gli Stati di fornire il necessario trattamento dei disturbi psichici.

In materia di accesso all'alloggio, si prevede l'obbligo per gli Stati di adoperarsi per attuare politiche dirette a prevenire le discriminazioni nei confronti dei beneficiari di protezione internazionale e garantire pari opportunità¹⁷².

Fra gli aspetti che invece non vengono modificati, si segnala qui soprattutto l'art. 15 della Direttiva Qualifiche, che fornisce la definizione di “danno grave” come requisito per il riconoscimento della protezione sussidiaria¹⁷³.

7.6 Gli aspetti procedurali del diritto di asilo: a) La direttiva “procedure”

¹⁷¹ Vedi artt. 26, 30 e 34.

¹⁷² Tratto da <http://www.meltingpot.org/La-nuova-Direttiva-Qualifiche-Pubblicazione-nella-Gazzetta.html#.VguVU-ztmkq>

¹⁷³ In particolare, la lett. c), interpretata nel febbraio 2009 dalla Corte di Giustizia UE nel famoso caso Elgafaji, necessitava forse di chiarimenti ulteriori da parte del legislatore che diminuissero le possibilità di applicazioni divergenti da parte dei singoli Stati, che minano alla base uno degli obiettivi non solo della presente Direttiva ma di tutto il Sistema europeo comune di asilo, cioè quello di avere esiti simili in caso di domande simili. La Commissione però non se l'era sentita di avanzare proposte di modifica e dunque tutto rimane com'è, in attesa forse di nuove pronunce della Corte. L'art. 15 lett. c), lo ricordiamo, dispone che si considera danno grave “la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”.

L'art. 20 e ss. della direttiva qualifiche si occupano della protezione internazionale. Le norme che ne derivano hanno un'applicazione differenziata in base ai beneficiari e vanno integrate con altre norme di diritto derivato, per questo il quadro che si viene a creare è molto complesso. Importante è la direttiva procedure 2005/85¹⁷⁴ – modificata dalla direttiva 2013/32¹⁷⁵ – che ha lo scopo di attuare il contenuto essenziale del principio di non refoulement, come diritto a un esame congruo della domanda di asilo, nelle more del quale deve essere comunque garantito l'effetto utile, ossia quello di consentire al richiedente la permanenza nello Stato di accoglienza. Tale direttiva deve essere letta in concomitanza con le norme in materia di ingresso di cittadini di Stati terzi e quelle in materia di rimpatrio; il resto si trova nella direttiva qualifiche 2004/83, oggi 2011/95, nella disciplina sul ricongiungimento familiare, nella direttiva accoglienza (2011/51), e infine nella direttiva 2003/109, che ne estende l'applicazione ai soggetti che godono della protezione internazionale. L'art. 20, della vecchia direttiva qualifiche, ai paragrafi 6 e 7 consentiva agli Stati di ridurre i benefici spettanti, rispettivamente, ai rifugiati e alle persone ammesse alla protezione sussidiaria, nel caso uno dei due status “sia ottenuto per attività svolte al fine esclusivo o principale di creare le condizioni necessarie al riconoscimento”; mentre quella attuale li ha eliminati, anche in base ai “limiti stabiliti dalla Convenzione di Ginevra e derivanti dagli obblighi internazionali degli Stati membri”. I destinatari del principio di non refoulement sono coloro che hanno effettuato domanda di protezione, ma in realtà, comprende anche «tutti gli stranieri che non abbiano titolo per entrare o rimanere nel territorio

174 Testo integrale della direttiva reperibile su <http://www.meltingpot.org/Direttiva-2005-85-CE-del-1o-dicembre-2005.html#.VhQzg-ztmko>

175 Testo integrale della direttiva reperibile su <http://www.meltingpot.org/Direttiva-2013-32-UE-del-26-giugno-2013.html#.VhQmIOztko>

di uno Stato membro, sempre che, si trovino nella sua jurisdiction»¹⁷⁶. Questo perché non è necessario per il rispetto del divieto di *refoulement*, che vi sia un'effettiva domanda di asilo; in base ad esso, infatti, vi è un mero obbligo per gli Stati di raccogliere tutte le informazioni necessarie a valutare potenziali rischi nel Paese di destinazione, in vista di una misura di allontanamento. Anche dalla prassi applicativa della Corte di Strasburgo¹⁷⁷ si evince l'irrilevanza della presenza di una domanda ai fini del divieto di *refoulement*. Tuttavia all'interno dell'UE, in base alla direttiva procedure e a quella riguardante il rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi regolari, non sembra emergere lo stesso. Secondo la Commissione, la domanda non deve avere particolari requisiti formali, essendo sufficiente l'esternazione di timore da parte dell'interessato; inoltre sono gli Stati membri che si devono occupare che le domande siano state presentate in presenza dei presupposti richiesti. Tuttavia, se manca la manifestazione di timore da parte dell'interessato, gli Stati devono comunque osservare il divieto di *refoulement*. Tra i limiti alla direttiva possiamo citare, la direttiva rimpatri che vuole “introdurre un corpus orizzontale di norme, applicabili a tutti i cittadini di Paesi terzi che non soddisfano o non soddisfano più le condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in uno Stato membro”. Inoltre abbiamo l'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva procedure stessa: questa non si applica ai respingimenti alla frontiera, “conformemente all'art. 13 del Codice frontiere Schengen, e ai casi di individui “fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare, aria della frontiera esterna di uno Stato membro”. Il riferimento agli irregolari arriva ad abbracciare quindi tutti coloro che fuggono dal pericolo di subire gravi violazioni dei propri diritti, poiché non possono presentare

176 F.CHERUBINI, *op. cit.*, p.238.

177 In particolare, si ricorda la sentenza *Hirsi Jamaa* che analizzeremo nel capitolo III.

documenti validi per l'ingresso. Quindi, qualora essi inoltrino una domanda si applicherà la direttiva procedure, altrimenti si applicherà l'art. 4 della direttiva rimpatri che prevede garanzie ridotte, tra cui il divieto di *refoulement*, anche se non sono sufficienti a tutelare i soggetti in modo adeguato. Lo stesso si può dire per i rinvii agli strumenti della direttiva rimpatri. Solo in caso di interruzione del rapporto tra territorio di uno Stato membro e uno straniero devono essere previste precise garanzie, perlomeno quelle previste dall'art. 4 della direttiva qualifiche, che stabilisce i criteri di individuazione di un rischio nel Paese di origine. Per quanto riguarda l'ingresso dei richiedenti asilo, le norme sono fissate dalla direttiva procedure e dal Codice frontiere Schengen. Partendo da quest'ultimo, l'art. 3, lett b) stabilisce che: “il presente regolamento si applica a chiunque attraversi le frontiere interne o esterne di uno Stato membro, senza pregiudizio: [...] b) dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento”. L'art. 5, par. 4, lett. c) fa salvi i “motivi umanitari o di interesse nazionale” e gli “obblighi internazionali”, nel disporre le eccezioni ai requisiti che uno straniero deve soddisfare per poter entrare nel “territorio” UE. L'art. 13, par. 1 prevede invece che il respingimento di coloro che non soddisfano le condizioni di ingresso avvenga senza pregiudizio delle “disposizioni particolari relative al diritto di asilo e alla protezione internazionale”. L'art. 11 della direttiva rimpatri è peculiare, perché obbliga gli Stati membri a emanare assieme con la decisione di rimpatrio, un divieto di ingresso; il par. 5 precisa che ciò non pregiudica “il diritto alla protezione internazionale”. La direttiva procedure, al contrario, non dice molto a riguardo. Afferma soltanto che i richiedenti asilo hanno diritto di entrare nel territorio di uno Stato membro per il solo fatto di aver presentato o voler presentare una domanda di asilo. Nell'attesa che

venga deciso se il soggetto in questione abbia diritto alla protezione internazionale, la presenza del richiedente viene congelata all'interno dello Stato. L'art. 3, par. 1, della direttiva procedure stabilisce che essa si applica “a tutte le domande di asilo presentate nel territorio, compreso alla frontiera o nelle zone di transito degli Stati membri”; l'art. 9¹⁷⁸ autorizza infatti i richiedenti “a rimanere nello Stato membro, ai fini esclusivi della procedura, fintantoché l'autorità accertante non abbia preso una decisione”. Questi due articoli quindi sono un'importante garanzia del rispetto del principio di non refoulement. Questo si esplica nell'obbligo dello Stato di garantire la permanenza, ma non in un diritto di ingresso in senso proprio. Lo scopo del divieto di refoulement, come più volte ricordato, è quello di impedire un allontanamento rischioso per il richiedente. Ciò si riscontra anche nel considerando n° 9 della direttiva rimpatri: “il soggiorno di un cittadino di un Paese terzo che abbia chiesto asilo in uno Stato membro non dovrebbe essere considerato irregolare nel territorio di tale Stato membro, finché non sia entrata in vigore una decisione negativa in merito alla sua domanda di asilo o una decisione che pone fine al suo diritto di soggiorno quale richiedente asilo”.

Allo scopo di limitare i flussi alla radice, l'UE ha introdotto le c.d. *non-arrival measures*, sfruttando anche la cooperazione con gli Stati terzi. Comprendono le norme sui vettori e sulle attività di coordinamento dei controlli alle frontiere, che fanno capo all'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (Frontex). Le prime stabiliscono l'obbligo dei vettori – cioè persone fisiche o giuridiche che trasportano persone a titolo professionale, per via aerea, marittima, o terrestre – di accertarsi che, gli individui che trasportano siano in possesso degli strumenti necessari per fare ingresso in uno Stato

178 Vedi l'art. 7 della direttiva 2005/85.

membro. Chi trasporta persone non in possesso di documenti di viaggio richiesti, è passibile di sanzione da parte degli Stati. Le seconde consistono in attività che si devono svolgere, con o senza il controllo di Frontex, nel rispetto del divieto di refoulement, indipendentemente dal luogo in cui i soggetti si trovino. Questo non è del tutto vero, perché l'art. 1 della Convenzione di Ginevra, affinché sia applicabile il divieto di refoulement dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, richiede che gli interessati si trovino “fuori dal loro Paese di origine”. Da un altro punto di vista è opportuno notare che se il divieto di refoulement non viene rispettato e, dunque, un individuo viene respinto verso un Paese “a rischio”, siamo in presenza di una violazione delle norme CEDU, in particolare dell'art. 3, qualora gli individui respinti ricadano nella *jurisdiction* di uno Stato membro dell'UE.

Veniamo ora a esaminare nel dettaglio le principali modifiche apportate alla vecchia direttiva procedure, da parte della direttiva 2013/32. In data 26 giugno 2013, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato la direttiva 2013/32/UE – c.d. nuova direttiva procedure – il cui obiettivo è quello di stabilire procedure comuni¹⁷⁹ ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale. Essa doveva essere recepita dagli Stati membri entro il 20 luglio 2015, ma di fatto in Italia è stata attuata il 15 settembre 2015 ed è entrata in vigore il 30 settembre dello stesso anno. Essa, a differenza della precedente, arriva a ricomprendere tutte le domande di protezione internazionale e tutte le procedure di revoca; non più solo quelle relative allo status rifugiato¹⁸⁰. Resta salva la possibilità degli Stati di applicare le stesse regole anche nei procedimenti di esame delle domande intese ad ottenere forme di protezione diverse da quelle indicate nella direttiva 2011/95/UE e, in generale, di applicare

¹⁷⁹ Precedentemente “norme minime”.

¹⁸⁰ Procedura unica già prevista dal d.lg. n. 25/2008.

disposizioni più favorevoli purché compatibili con la direttiva.

Nell'ambito di applicazione della direttiva 2013/32/UE ricadono non solo le domande presentate nel territorio degli Stati membri, compresa la frontiera e le zone di transito ma anche, come viene specificato nell'art. 3, quelle presentate nelle acque territoriali. Rimane invece immutata, all'art. 4, par. 4, la regola in base alla quale la domanda di protezione presentata in uno Stato membro alle autorità di un altro Stato membro che svolgono controlli di frontiera o sull'immigrazione viene trattata dallo Stato membro nel cui territorio la domanda è stata presentata. Viene confermato anche che la nuova direttiva non si applica alle domande di asilo diplomatico o territoriale presentate presso le rappresentanze degli Stati membri – come prevede l'art. 3, par. 2. Rispetto alla vecchia direttiva procedure, la direttiva 2013/32/UE provvede a definire “il richiedente che necessita di garanzie procedurali particolari” e la nozione di “domanda reiterata”. In base all'art. 2, lett. d), necessita di garanzie procedurali particolari “il richiedente la cui capacità di godere dei diritti e di adempiere gli obblighi previsti dalla presente direttiva è limitata a causa di circostanze individuali” e viene definita, in base all'art. 2, lett. q), “domanda reiterata” una ulteriore domanda di protezione internazionale “presentata dopo che è stata adottata una decisione definitiva su una domanda precedente, anche nel caso in cui il richiedente abbia esplicitamente ritirato la domanda e nel caso in cui l'autorità accertante abbia respinto la domanda in seguito al suo ritiro implicito ai sensi dell'art. 28, paragrafo 1”. L'art. 4 della nuova Direttiva Procedure conferma poi la regola che gli Stati membri devono nominare una sola autorità responsabile per l'esame delle domande e specifica che tale autorità deve essere dotata di mezzi appropriati: in particolare di personale competente e in numero sufficiente. A differenza di quanto precedentemente previsto, gli Stati

membri possono derogare a quanto sopra detto e nominare autorità differenti, solo per trattare i casi che ricadono nella procedura Dublino e per le procedure di frontiera. In base all'art. 43, della direttiva attuale, gli Stati membri possono avviare procedure alla frontiera o nelle zone di transito esclusivamente per decidere: a) sull'ammissibilità di una domanda ai sensi dell'art. 33 della direttiva stessa, cioè in tema di domande inammissibili; b) il merito di una domanda nell'ambito della procedura di cui all'art. 31, par. 8, ossia procedure d'esame accelerate. La decisione nell'ambito delle procedure di frontiera deve essere presa in un termine ragionevole e comunque entro quattro settimane; se tale termine non viene rispettato, il richiedente è ammesso nel territorio dello Stato membro per l'esame della sua domanda conformemente alle disposizioni ordinarie. Solo nel caso di arrivi in cui è coinvolto un gran numero di cittadini di paesi terzi o di apolidi, che presentano una domanda di protezione alla frontiera o nelle zone di transito, è possibile applicare dette procedure anche nei luoghi e per il periodo in cui i richiedenti in questione sono normalmente accolti nelle immediate vicinanze della frontiera e nelle zone di transito. In base al par. 1 dell'art. 43, le procedure di frontiera "devono essere conformi ai principi fondamentali e alle garanzie di cui al capo II"¹⁸¹.

Con riguardo alla presentazione della domanda di protezione, viene in rilievo l'art. 6, che afferma il principio per cui i richiedenti devono avere la possibilità di inoltrare "quanto prima" la domanda di protezione internazionale e l'art. 8 introduce l'obbligo degli Stati di garantire che, nei centri di trattenimento e ai valichi di frontiera, siano fornite, ai cittadini di paesi terzi e agli apolidi, informazioni sulla possibilità di chiedere la protezione internazionale. L'art. 6 sopracitato

¹⁸¹ Si osservi, infatti, che la norma non riproduce il disposto del par. 2 dell'art. 35, direttiva 2005/85/ CE che consentiva agli Stati membri di mantenere in vigore disposizioni in deroga ai principi e alle garanzie fondamentali introdotte con la prima direttiva procedure.

disciplina rigidamente il tempo massimo che può intercorrere tra la presentazione della domanda e la registrazione della stessa. Di norma, la domanda di protezione deve essere registrata entro tre giorni lavorativi dalla data della sua presentazione. Tuttavia vi sono casi in cui il rispetto di tale termine viene meno. Un primo caso si ha quando la domanda è presentata ad autorità competenti a ricevere la richiesta ma non alla sua registrazione, pertanto la registrazione deve essere effettuata entro i successivi sei giorni lavorativi. Un secondo caso si ha quando, a causa di domande simultanee di protezione da parte di un numero elevato di richiedenti, sia difficoltoso rispettare i termini di cui sopra e, per questo, gli Stati membri possono decidere che la registrazione della domanda venga prorogata di dieci giorni lavorativi. Ciascun adulto ha il diritto di presentare per proprio conto la domanda di protezione internazionale, tuttavia gli Stati possono prevedere che la domanda sia presentata anche a nome delle persone a carico, ai sensi dell'art. 7. Il suo par. 3 pone in capo agli Stati membri l'obbligo di provvedere affinché il minore abbia il diritto di presentare la domanda di protezione internazionale per proprio conto se ha la capacità di agire in giudizio ai sensi del diritto dello Stato membro interessato, ovvero tramite i genitori o altro familiare adulto o un adulto per lui responsabile o un rappresentante. Quando la domanda è presentata anche per conto di persone a carico, gli Stati membri devono acquisire il consenso dell'adulto interessato. Tale consenso deve essere richiesto all'atto di presentazione della domanda oppure, al più tardi, al momento del colloquio personale con l'adulto a carico e quest'ultimo deve essere informato "in privato" delle conseguenze procedurali della presentazione della domanda per proprio conto e del diritto di chiedere la protezione con domanda separata. Nel caso in cui l'adulto a carico non acconsenta a che la domanda sia presentata per suo conto, lo stesso ha l'opportunità di presentare in proprio la domanda di protezione,

come prevedono i parr. 2 e 3 dell'art. 7. Degno di nota è il già citato art. 9 della direttiva procedure, in quanto pone in capo agli Stati membri l'obbligo di “autorizzare i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino a quando una decisione non sia stata assunta”¹⁸². Tale disposizione si colloca nei “principi fondamentali e garanzie” fissati dalla direttiva e, al suo par. 2, ammette due eccezioni, che consentono agli Stati di non autorizzare il richiedente a rimanere sul suo territorio, nel caso di domanda reiterata cui non viene dato seguito o se gli Stati vogliano estradare o consegnare, un soggetto in un altro Stato membro, in virtù degli obblighi previsti da un mandato di arresto europeo o altro, in un Paese terzo, o presso una corte o tribunale penale internazionale. Con riguardo alla prima deroga, è opportuno interpretarla in combinato disposto con gli artt. 41 e 42 della direttiva¹⁸³, in quanto definiscono la domanda reiterata e prevedono che gli Stati, prima di decidere se darvi seguito, debbano effettuare una procedura preliminare che verifichi se siano emersi nuovi elementi rispetto alla domanda precedente. Prima di tale verifica l'art. 9, par. 1 è pienamente applicabile almeno fino al termine di detto esame; prevede: il diritto del richiedente a restare nel territorio dello Stato interessato; che l'esame preliminare possa non essere eseguito rispettando tutti i principi e le garanzie previste per la procedura “principale”, ma comunque debba tener di conto, in base all'art. 41, par. 1, delle regole dell'art. 10. Dopo tale esame lo Stato può decidere di non darvi seguito, e in tal caso di applica l'art. 9 par. 2, al pari del caso di impugnazione di una decisione negativa. Se, invece, sono presenti nuovi fattori che aumentano la probabilità che al richiedente possa essere attribuita la qualifica di rifugiato, si torna alla procedura principale. L'altra deroga, prevista al par. 3, consente agli Stati, senza ulteriori garanzie, di omettere qualsiasi valutazione, riguardo al rischio che il richiedente corre nel Paese di destinazione, in

182 F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 246.

183 Vedi art. 32 e art. 34 della direttiva 2005/85.

vista della consegna o dell'extradizione di costui, con il pericolo di violazione del divieto di *refoulement*. In tal caso non è possibile rifarsi a una presunzione assoluta, con riferimento alla natura sicura del Paese di destinazione; infatti ogni Stato deve esaminare tutti gli elementi, compresi quelli legati al singolo richiedente per comprendere se si sia in presenza o meno di una violazione del principio di non *refoulement*; indipendentemente da quale sia il soggetto o ente il cui richiedente viene consegnato o estradato. Nella prassi gli Stati hanno prevalentemente dato seguito alla domanda e hanno proceduto all'extradizione o comunque alla consegna ad un altro Stato membro o a un giudice internazionale¹⁸⁴. Inoltre, poiché i richiedenti che hanno visto la loro domanda respinta dall'autorità accertante hanno diritto ad un "ricorso effettivo" dinanzi ad un giudice, gli Stati membri – salvo quanto previsto dall'art. 46, par. 6 – devono autorizzarli "a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto ad un ricorso effettivo, oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso", come recita l'art. 46, par. 5.

A livello di garanzie per i richiedenti, l'art. 12, precisa che il richiedente protezione internazionale ha il diritto di essere informato "in una lingua che capisce o che è ragionevole che possa capire"¹⁸⁵ sulla procedura da seguire e sui suoi diritti e obblighi durante il procedimento, sulle conseguenze in caso di mancato adempimento degli obblighi e della mancata cooperazione con l'autorità, sui tempi e modi per addurre nuovi elementi. La stessa norma introduce anche l'obbligo degli Stati di informare gli interessati circa le conseguenze di un ritiro esplicito o implicito della domanda. Tale diritto di informazione deve peraltro essere integrato con quanto ora dispone

184 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 236-249.

185 Precedentemente "in una lingua che è ragionevole supporre che possa capire".

l'art. 4 del Regolamento Dublino III¹⁸⁶ in base al quale, non appena presentata la domanda di protezione, l'interessato deve essere messo a conoscenza delle finalità del reg. n° 604/2013, dei tempi e degli effetti della procedura, delle conseguenze che derivano dalla presentazione della domanda di protezione in un altro Stato membro e delle conseguenze dello spostamento in un altro Stato membro durante la procedura. Inoltre, in base alla lett. d) dell'art. 12 della nuova Direttiva Procedure, il richiedente e i suoi avvocati hanno il diritto di accedere alle informazioni relative alla "situazione generale esistente nel paese di origine" ed eventualmente nei paesi di transito, informazioni trasmesse dall'EASO¹⁸⁷, dall'UNHCR e dalle altre organizzazioni internazionali per i diritti umani e a disposizioni delle autorità nazionali incaricate di esaminare le domande e di decidere in merito. Fra le informazioni che il richiedente protezione ha diritto di ricevere, l'art. 19, include – gratuitamente, ma previa richiesta – quelle giuridiche e procedurali comprendenti, come minimo, le informazioni sulla procedura con riguardo alla situazione particolare dell'interessato. Inoltre, gli Stati membri – oltre a dover informare l'interessato dell'esito della decisione e, contestualmente, in caso di decisione negativa, dei mezzi di impugnazione – "in una lingua che capisce o che è ragionevole che possa capire, quando non è assistito o rappresentato da un avvocato o altro consulente legale", art. 12 par. 1 – devono, su richiesta, indicare tutti gli elementi necessari a chiarire i motivi di una decisione negativa e a spiegare in che modo è possibile contestarla, art. 19, par. 1. L'art. 12 della nuova direttiva procedure conferma il diritto del richiedente, ove necessario, all'assistenza di un interprete per spiegare la propria situazione nei colloqui con le autorità

186 Per una trattazione approfondita di tale Regolamento si rimanda al par. 7.8 del presente capitolo.

187 Per un approfondimento su EASO, si veda F. COMTE, *European Journal of Migration and Law*, Volume 12, 2010, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, pp. 373-405.

competenti. Viene inoltre ribadito – utilizzando la stessa formula contorta già usata nella direttiva 2005/85/CE – che “non è negata al richiedente” la possibilità di comunicare con l’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati o con le altre organizzazioni che prestano assistenza legale o consulenza ai richiedenti a norma del diritto dello Stato membro interessato. L’art. 14 conferma la facoltà del richiedente di sostenere un colloquio personale prima che l’autorità accertante decida. Tuttavia, il colloquio può essere omesso quando: a) l’autorità accertante è in grado di prendere una decisione positiva riguardo allo status di rifugiato, basandosi su prove acquisite; b) l’autorità accertante reputa che l’interessato sia incapace o non sia in grado di sostenere un colloquio a causa di circostanze persistenti che sfuggono al suo controllo, situazioni tutte che, in caso di dubbio, possono essere accertate anche mediante consultazione con un professionista del settore medico. Quando la domanda di protezione è presentata anche a nome di persone a carico, ciascun adulto interessato deve avere la possibilità di sostenere un colloquio personale. La mancanza di colloquio personale non impedisce che venga presa una decisione sulla domanda di protezione internazionale e, in linea generale, al momento di decidere, gli Stati membri possono tener conto del fatto che il richiedente non si sia presentato al colloquio personale “a meno che non avesse validi motivi per farlo”. Tuttavia, quando il richiedente è incapace o non in grado di sostenerlo a causa di circostanze persistenti che sfuggono al suo controllo, la mancanza del colloquio non incide negativamente sulla decisione della richiesta di protezione internazionale.

Circa i criteri applicabili al colloquio personale, l’art. 15 introduce l’obbligo degli Stati membri di provvedere affinché la persona incaricata di condurlo abbia la competenza per tenere conto – oltre che del contesto personale e culturale da cui nasce la domanda, compresa

l'origine culturale o la vulnerabilità del richiedente – anche del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità sessuale dell'interessato. Il colloquio si deve ora svolgere nella lingua prescelta dall'interessato – salvo il caso in cui il richiedente comprenda un'altra lingua, nella quale è in grado di comunicare chiaramente – a mezzo di un interprete possibilmente dello stesso sesso e idoneo a garantire una comunicazione appropriata con la persona incaricata di condurre il colloquio; quest'ultima non deve indossare un'uniforme militare o di polizia. L'art. 16 della nuova Direttiva Procedure, rubricato “contenuto del colloquio personale” introduce l'obbligo dell'autorità accertante di assicurare che al richiedente sia data una congrua possibilità di presentare gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione e, in particolare, “l'opportunità di spiegare l'eventuale assenza di elementi e/o le eventuali incoerenze o contraddizioni delle sue dichiarazioni”. Di ogni singolo colloquio individuale, deve essere redatto un verbale accurato e dettagliato e può essere effettuata anche la registrazione sonora o audiovisiva, ai sensi dell'art. 17, previa comunicazione della circostanza all'interessato, secondo la regola generale di cui all'art. 13, lett. f), direttiva 2013/32/UE. L'art. 20, direttiva 2013/32/UE stabilisce il diritto del richiedente ad ottenere, a richiesta, l'assistenza legale gratuita nelle procedure di ricorso (ma gli Stati membri possono introdurla anche nelle procedure di primo grado, davanti all'autorità amministrativa accertante) e gli artt. 22 e 23 ribadiscono il diritto all'assistenza e alla rappresentanza legali in ogni fase della procedura e definiscono l'ambito di applicazione di tale assistenza e rappresentanza. Qualora l'autorità accertante ritiene pertinente sottoporre il richiedente ad una visita medica – effettuata da professionisti del settore medico qualificati e concernente i segni che potrebbero indicare persecuzioni o danni gravi subiti – quest'ultimo ha il diritto di prestare o meno il suo consenso e, in alternativa, di

sottoporsi a visita medica di sua iniziativa e a sue spese. Il fatto che la persona interessata rifiuti di sottoporsi alla visita medica non impedisce l'adozione di una decisione sulla domanda di protezione, da parte dell'autorità accertante, come afferma l'art. 18.

In capo al richiedente non vi sono solo diritti, bensì anche obblighi. Gli obblighi del richiedente protezione, già previsti dall'art. 11 della vecchia direttiva procedure, sono confermati dall'art. 13, direttiva 2013/32/ UE. In generale, il richiedente protezione ha l'obbligo di cooperare con le autorità competenti ai fini dell'accertamento della sua identità e di tutti gli altri elementi previsti dall'art. 4, direttiva 2011/95/UE, relativi alla sua specifica situazione individuale e alla situazione del paese di origine, compresa l'eventualità di poter ragionevolmente fruire della protezione di un altro paese di cui potrebbe dichiararsi cittadino. Gli Stati membri possono imporre ai richiedenti, qualora sia necessario ai fini dell'esame della domanda, altri obblighi di cooperazione e, in particolare di: a) riferire alle autorità competenti o comparire dinanzi alle stesse senza indugio o in una data specifica; b) consegnare i documenti pertinenti in loro possesso, quali i passaporti; c) informare le autorità competenti del luogo di residenza o domicilio e di qualsiasi cambiamento dello stesso; gli Stati membri sono autorizzati a prevedere che il richiedente sia tenuto ad accettare eventuali comunicazioni presso il luogo di residenza o domicilio più recente appositamente indicato; d) essere perquisiti (compresi gli effetti personali); su questo punto, la nuova norma introduce il principio che, fatta salva la perquisizione per motivi di sicurezza, la perquisizione del richiedente deve essere effettuata da una persona dello stesso sesso e nel pieno rispetto dei principi di dignità umana e di integrità fisica e psicologica; e) farsi fotografare; f) lasciare registrare le loro dichiarazioni orali, previa informazione della registrazione.

Per quanto concerne i criteri applicabili all'esame delle domande, l'art. 10 della nuova direttiva procedure ribadisce il principio che una domanda non può essere respinta o esclusa dall'esame per il semplice fatto di non essere stata presentata tempestivamente e aggiunge che, nell'esaminare la richiesta di protezione internazionale, l'autorità accertante deve verificare in primo luogo se al richiedente sia attribuibile la qualifica di rifugiato e, in caso contrario, se l'interessato sia ammissibile alla protezione sussidiaria. Viene poi ribadito il principio che le decisioni devono essere adottate in modo individuale, obiettivo e imparziale, previo un congruo esame e a mezzo di personale che conosce i criteri applicabili alla materia dell'asilo e del diritto dei rifugiati; il personale deve inoltre aver modo di consultare, laddove necessario, esperti su aspetti particolari di ordine medico, culturale, religioso, di genere o inerenti a minori. Le decisioni devono essere prese sulla base di informazioni precise e aggiornate e che provengano da fonti qualificate sulla situazione del paese di origine del richiedente ed eventualmente dei paesi in cui lo stesso ha transitato. In ogni caso, gli Stati membri non devono mai rivelare ai presunti responsabili della persecuzione o del danno grave le informazioni relative alle singole domande di protezione o al fatto che una domanda sia stata presentata e non possono ottenere informazioni dai presunti responsabili della persecuzione o del danno grave secondo modalità che potrebbero rivelare direttamente a tali soggetti che il richiedente ha presentato una domanda e che potrebbero nuocere alla incolumità fisica del richiedente o delle persone a suo carico o dei familiari che ancora risiedono nel paese di origine, ai sensi dell'art. 30 della presente direttiva. I criteri applicabili alle decisioni dell'autorità accertante sono indicati nell'art. 11, che innova profondamente la precedente disciplina europea. Ad oggi la norma prevede che la decisione di diniego deve sempre essere comunicata per iscritto all'interessato e corredata dalle

motivazioni in fatto ed in diritto e dalla indicazione dei mezzi di impugnazione. Inoltre, seppure in base all'art. 7 quando la domanda è fondata sui medesimi motivi gli Stati membri possono adottare un'unica decisione che contempli tutte le persone a carico; tale possibilità è esclusa dall'art. 11, par. 3 quando “ciò comporti una divulgazione della situazione particolare di una persona che rischi di nuocere ai suoi interessi” e, in particolare “nei casi di persecuzione per motivi di genere, orientamento sessuale, identità di genere e/o di età”.

Analizziamo ora la procedura di esame di primo grado. Gli Stati membri – che devono esaminare le domande di protezione internazionale con una procedura conforme ai principi fondamentali e alle garanzie stabilite dalla direttiva 2013/32/UE – devono concluderle il prima possibile: in particolare entro sei mesi dalla data di presentazione della domanda. Se una domanda è oggetto della procedura Dublino, il termine di sei mesi inizia a decorrere dal momento in cui è stato determinato il paese membro competente, il richiedente si trova nel territorio di detto paese ed è stato preso in carico dalla competente autorità¹⁸⁸. Tale termine può essere prorogato per il periodo massimo di ulteriori sei mesi quando: a) il caso specifico presenta questioni complesse in fatto ed in diritto; b) un gran numero di cittadini di paesi terzi o apolidi chiede contemporaneamente la protezione internazionale, rendendo molto difficile, all'atto pratico, concludere la procedura entro il termine di sei mesi; c) il ritardo può essere chiaramente attribuito alla mancata osservanza degli obblighi di cooperazione del richiedente. Solo in casi eccezionali, “debitamente motivati” e per assicurare un esame adeguato e completo della domanda, gli Stati membri possono superare di tre mesi il termine massimo sopra delineato. Quando gli Stati membri non possono

¹⁸⁸ Vedi art. 31, parr. 1, 2, 3.

prendere una decisione entro sei mesi, informano il richiedente del ritardo e, a sua richiesta, dei motivi del ritardo e del termine entro il quale è prevista la decisione in merito alla sua domanda. Fatta eccezione per i casi in cui viene accertato che il richiedente possiede i requisiti per essere riconosciuto rifugiato o ammesso alla protezione sussidiaria, il par. 4 stabilisce che gli Stati membri possono rimandare la conclusione della procedura di esame quando “a causa della situazione incerta nel paese di origine che sia presumibilmente temporanea”, non ci si può ragionevolmente attendere che l’autorità accertante decida nei termini di sei mesi. In queste ipotesi, gli Stati membri devono: a) riesaminare la situazione del paese di origine almeno ogni sei mesi; b) comunicare ai richiedenti interessati, entro un termine ragionevole, le ragioni del rinvio; c) comunicare alla Commissione, entro un termine ragionevole, il rinvio della procedura a causa della situazione del paese di origine in questione; d) concludere in ogni caso la procedura entro un termine di 21 mesi dalla presentazione della domanda. In base ai parr. 7 e 8 dell’art. 31, direttiva 2013/32/UE gli Stati membri possono, in taluni casi, anche procedere all’esame prioritario e all’esame accelerato della domanda. L’esame prioritario della domanda di protezione può essere fatto quando, alternativamente: a) la domanda è verosimilmente fondata; b) il richiedente è persona vulnerabile ai sensi dell’art. 22 della seconda Direttiva Accoglienza¹⁸⁹; c) il richiedente è persona che necessita di garanzie procedurali particolari o è un minore non accompagnato. L’esame accelerato o svolto alla frontiera della domanda di protezione può essere fatto solo quando, alternativamente: a) nel presentare la

¹⁸⁹ In base all’art. 21, direttiva 2013/33/UE, le persone vulnerabili sono: “i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o disturbi mentali e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme di violenza psicologica, fisica o sessuale, quali le vittime della mutilazioni di genitali femminili”

domanda ed esporre i fatti, l'interessato ha sollevato questioni non pertinenti per l'attribuzione della domanda di protezione internazionale come definita nella seconda Direttiva Qualifiche; b) il richiedente proviene da un paese di origine sicuro; c) il richiedente ha indotto in errore le autorità, presentando informazioni o documenti falsi oppure omettendo informazioni e documenti pertinenti alla sua identità o alla sua cittadinanza che avrebbero potuto influenzare negativamente la decisione; d) è probabile che il richiedente abbia in mala fede distrutto o comunque fatto sparire documenti di identità o di viaggio che avrebbero permesso di accertarne l'identità o la cittadinanza; e) il richiedente ha rilasciato dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie, palesemente false o evidentemente improbabili che contraddicono informazioni sufficientemente verificate sul suo paese di origine, rendendo così chiaramente non convincente la sua asserzione di avere diritto alla qualifica di beneficiario della protezione internazionale; f) il richiedente ha presentato una domanda di protezione reiterata; g) il richiedente ha presentato la domanda al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione anteriore o imminente che ne comporterebbe l'allontanamento; h) il richiedente è entrato illegalmente nel territorio dello Stato membro o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno e, senza un valido motivo, non si è presentato alle autorità o non ha presentato domanda di protezione internazionale quanto prima possibile rispetto alle circostanze del suo ingresso; i) il richiedente ha rifiutato di adempiere all'obbligo di rilievo dattiloscopico previsto dal regolamento Eurodac e finalizzato alla procedura di determinazione dello Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione; l) il richiedente, per gravi ragioni, può essere considerato un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato membro, oppure è stato espulso con efficacia esecutiva per gravi motivi di sicurezza o di ordine pubblico a

norma del diritto nazionale. Anche nel caso di esame accelerato, gli Stati membri devono comunque assicurare che la domanda di protezione sia esaminata in modo adeguato e completo.

Dalla procedura ordinaria si distingue quella prevista per le ipotesi di ritiro della domanda o di rinuncia ad essa. Nel caso di ritiro esplicito della domanda di protezione internazionale da parte del richiedente, gli Stati membri possono stabilire che l'autorità decidente sospenda l'esame oppure respinga la domanda¹⁹⁰. Mentre, quando la domanda viene respinta, l'eventuale nuova istanza di protezione presentata da chi aveva espressamente rinunciato ad una richiesta precedente rientra nella definizione di domanda reiterata di cui all'art. 2, lett. q) della nuova Direttiva Procedure. Se invece vi sono una rinuncia o un ritiro impliciti della domanda di protezione, gli Stati membri possono stabilire che l'autorità decidente sospenda l'esame oppure respinga la domanda dopo un adeguato esame di merito della stessa¹⁹¹. Gli Stati membri possono presumere che il richiedente ha implicitamente ritirato o rinunciato solo quando, alternativamente: a) non ha risposto alla richiesta di fornire informazioni essenziali per la sua istanza e non è comparso al colloquio personale e a meno che non dimostri - entro un ragionevole periodo di tempo - di non aver potuto per cause di forza maggiore; b) è fuggito o si è allontanato senza autorizzazione dal luogo in cui viveva o era trattenuto senza contattare l'autorità in tempi ragionevoli, oppure - trascorso un termine ragionevole - non ha ottemperato al dovere di presentarsi o agli altri obblighi di comunicazione e non dimostra che ciò è avvenuto per circostanze al di fuori del suo controllo¹⁹².

190 Vedi art. 27 direttiva 2013/32.

191 Vedi nota 186.

192 Cfr. E. GERMANO CORTESE, G. RATTI, M. VEGLIO, S. VITRÒ, *Lo straniero e il giudice civile. Aspetti sostanziali e procedurali di diritto dell'immigrazione*, Milanofiori Assago, 2014, pp. 522-536.

7.7 Segue: b) La direttiva “accoglienza”

Altra ed ultima direttiva degna di nota è la n° 2003/9 meglio conosciuta come direttiva “accoglienza”. La prima osservazione da fare riguarda l'ambito di applicazione: rispetto alle precedenti direttive si applica solo a chi abbia fatto domanda per il riconoscimento dello status di rifugiato, non per chi richieda protezione sussidiaria. Tuttavia il 26/09/2013 – con la nuova direttiva n° 2013/33 – è stato esteso il suo ambito di applicazione¹⁹³, fino a comprendere la protezione sussidiaria, anche se restano esclusi, in base all'art. 3, par. 3, gli esodi di massa ossia l'afflusso massiccio di sfollati. Come sappiamo, riguardo al diritto di asilo, importante è la libertà di movimento dei richiedenti asilo. Tale principio nella direttiva in questione si riscontra all'art. 7 – il quale riprende l'art. 5 della CEDU – che afferma il diritto di circolare liberamente nel territorio dello Stato membro ospitante o nella parte di territorio ad essa assegnata e stabilisce degli obblighi per gli Stati solo in caso di necessità della misura di trattenimento; mentre negli altri casi vediamo che gli Stati ricorrono al trattenimento dei richiedenti asilo, adottando condizioni arbitrarie. Più chiaramente alcuni Stati provvedono al trattenimento per il solo fatto che, il richiedente sia entrato illegalmente nel loro territorio, non rispettando l'art. 7 della direttiva accoglienza con riguardo alla proporzionalità tra la misura adottata e il suo scopo, né l'art. 26 della direttiva procedure che pone il divieto di trattenimento di “una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente”¹⁹⁴. Da tale analisi emerge un distacco dalla Convenzione di Ginevra, in quanto l'art. 7 non richiama espressamente

193 Testo integrale della direttiva reperibile su: https://www.unhcr.it/sites/53a161110b80eeaac7000002/assets/543e721d0b80eee74900431d/Direttiva_recante_norme_relative_all_accoglienza_dei_richiedenti_protezione_internazionale_2013.pdf

194 Precedentemente l'art. 18, direttiva 2005/85, poneva il divieto di *arresto* di “una persona per il solo fatto che si tratti di richiedente asilo”.

l'art. 31, par. 2, della Convenzione sui rifugiati, che – come sappiamo – vieta agli Stati di prescrivere restrizioni alla libertà di movimento dei rifugiati ed anche dei richiedenti asilo. A livello procedurale, è importante richiamare l'art. 43 della direttiva procedure¹⁹⁵ che riguarda la possibilità che l'iter si svolga in deroga ai principi e alle garanzie fondamentali – c.d. procedura di frontiera; in base al suo par. 3¹⁹⁶, è possibile per gli Stati applicare detta procedura “nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito” nel caso di “particolari tipi di arrivo, o arrivi in cui è coinvolto un gran numero di cittadini di Paesi terzi o apolidi”. Importante è, infine, richiamare in questa sede l'art. 2 della direttiva sulle norme minime per la concessione di protezione temporanea, che oltre a fornire la definizione di sfollati, individua le situazioni nelle quali sono presenti: ossia, persone “fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica” e quelle “soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o [che] siano state vittime di siffatte situazioni”. Anzitutto è opportuno chiarire che non si tratta di un elenco tassativo, cioè il Consiglio ha ampia discrezionalità nel decidere su “l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati” o sull'impossibilità di un rimpatrio in condizioni di sicurezza. In questo senso è possibile l'estensione dei benefici della protezione temporanea anche ai c.d. rifugiati climatici – cioè coloro che fuggono dal proprio Paese a causa di disastri naturali – e anche ai rifugiati in senso proprio, come definiti dall'art. 1 della Convenzione sui rifugiati. Tuttavia non vi è piena identità tra beneficiari della protezione temporanea e i rifugiati. La protezione temporanea è volta a impedire un respingimento di una massa di profughi e gli Stati devono dividersi l'onere di accoglierli. Tra i profughi stessi possono esserci anche i rifugiati; a tal proposito l'art. 3, par. 2 della direttiva 2001/55 prevede che “la protezione temporanea

195 Precedentemente art. 35, direttiva 2005/85.

196 Precedentemente art. 35, par. 5, direttiva 2005/85.

non pregiudica il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra”. Venendo alla competenza sull'esame della domanda vediamo che, l'art. 18, della direttiva sulla protezione temporanea, individua lo Stato responsabile dell'esame della domanda di un richiedente in quello “che ha accettato il trasferimento di tale persona nel suo territorio”, in base a quella logica di cooperazione che sottende al funzionamento della direttiva. Una volta che tra gli sfollati vengono individuati i rifugiati – all'interno degli Stati membri e in base alle direttive, il resto si troverà una protezione precaria, che verrà meno con lo scadere del tempo.

Veniamo adesso agli aspetti procedurali di merito. In primis è opportuno richiamare l'art. 8, par. 2, lett. c) che per ricevere protezione internazionale, l'esame della domanda deve essere “individuale, obiettivo e imparziale”; le autorità competenti devono poter disporre di fonti di informazione “precise e aggiornate”, sia nel Paese di origine, che in quello di transito. Tale disposizione riprende l'art. 4 della direttiva qualifiche, che precisa che l'esame dei fatti e delle circostanze devono essere tenuti di conto ai fini dell'esame della domanda; gli Stati devono cooperare col richiedente, ma possono sollecitare il richiedente a fornire tutti gli elementi necessari a motivare la domanda¹⁹⁷. Il par. 5 dell'ultima disposizione citata, solleva il richiedente dall'onere della prova, qualora abbia mostrato in buona fede di essere credibile; infatti se non presenta quanto prima elementi sufficienti, potrà vedersi rigettata la domanda per manifesta infondatezza. Tuttavia, tale grave effetto è temperato dall'art. 8 della direttiva procedure, dove si esclude che “la tardiva presentazione della domanda possa essere da solo motivo di esclusione dell'esame”, cioè i fattori rilevanti e la domanda tardiva presentati contestualmente non possono costituire motivo di

¹⁹⁷ Secondo la dottrina si tratta di un vero e proprio onere della prova, in capo al richiedente. Anche secondo l'ACNUR infatti l'onere della prova spetta a chi formula la domanda, tuttavia ha precisato che le autorità che esaminano hanno un autonomo potere di accertamento, posto che spesso il richiedente non ha prove sufficienti.

rigetto. Altro elemento imprescindibile della procedura è la fase del colloquio personale: il richiedente ha la facoltà di chiederlo e lo Stato interessato deve concedere tale possibilità. Ciononostante sono previste alcune deroghe, delle quali gli Stati possono avvalersi. In particolare abbiamo l'art. 14, par. 2¹⁹⁸, dell'attuale direttiva procedure, che ammette l'esclusione del colloquio nei casi dell'art. 31, par. 8, lett. a), b), e), f) e g) della direttiva procedure¹⁹⁹. Questi prevedono l'adozione di procedure prioritarie e accelerate, in caso di “non pertinenza delle questioni sollevate dal richiedente; natura poco convincente delle dichiarazioni che costui ha rilasciato; domande tese al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una misura di allontanamento e a quelle reiterate”²⁰⁰, solo se il richiedente provenga da un Paese terzo sicuro²⁰¹.

I principi e le garanzie esposti finora sono da rispettarsi in tutte le procedure di ammissione del richiedente alla protezione internazionale, salvo alcune deroghe. Infatti viene prevista una deroga alla procedura ordinaria all'art. 24 della vecchia direttiva procedure, ossia in caso di domande reiterate, domande presentate alla frontiera o nelle zone di transito e per quelle provenienti da individui che siano entrati o in procinto di entrare illegalmente in uno Stato membro del territorio di un Paese terzo europeo sicuro. Questa è stata oggetto di una pronuncia di annullamento da parte della Corte di Giustizia stessa²⁰². Il caso delle domande presentate alla frontiera o nelle zone di transito è molto comune nella prassi, proprio perché i richiedenti non hanno alcun mezzo che presentare domanda. La seconda deroga riguarda l'inammissibilità della domanda, disciplinata all'art. 33²⁰³ o il mancato

198 Precedentemente art. 12, par. 2, direttiva 2005/85.

199 Precedentemente art. 23, par. 4, lett. a), c), g), h) e j), direttiva 2005/85.

200 F. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 256.

201 Nella prassi il concetto di Paese terzo sicuro ha una scarsa rilevanza.

202 Sentenza della Corte di Giustizia del 6 maggio 2008, causa C-133/06, che ha annullato anche l'art. 36, par. 3 della direttiva procedure.

203 Precedentemente art. 25, par. 2.

esame della domanda da parte di uno Stato. Quest'ultimo caso si ha quando lo Stato non è competente a esaminare la domanda, in base ai criteri del regolamento Dublino III – che come più volte ricordato cerca di attuare lo scopo del Regolamento Dublino II: eliminare l'*asylum shopping* e il fenomeno dei “rifugiati in orbita”. Il suo art. 7²⁰⁴ elenca alcuni criteri di competenza per l'esame della domanda: la tutela del minore, la tutela dell'unità familiare, stretto legame a uno Stato per titolo di soggiorno, di visto, o per transito, avvenuto anche in violazione delle norme sull'ingresso o nelle zone “internazionali” di un aeroporto. In questi casi l'esonero per lo Stato richiesto del riconoscimento, viene a creare una presunzione di sicurezza dello Stato membro di destinazione – che in base a Convenzione di Ginevra e la CEDU, andrebbe analizzato in via individuale – perché lo esime dal rispetto del principio di non refoulement durante la consegna. Infatti lo Stato “di consegna” potrebbe essere “a rischio”. Tale circostanza non era contemplata dal regolamento Dublino II²⁰⁵, ma lo è dall'entrata in vigore del Regolamento Dublino III. Questo è perfettamente in linea con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove prevede l'impossibilità di trasferire un richiedente verso uno Stato se “si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza” che implicino un rischio di trattamento inumano e degradante²⁰⁶. Abbiamo poi l'inammissibilità della domanda disciplinata dall'art. 33 della presente direttiva procedure: nel caso in cui il richiedente che gode

204 Precedentemente art. 5, Regolamento Dublino II.

205 A riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia avevano trovato giustificazione nella clausola di sovranità, posta dall'allora art. 3 par. 2 del regolamento Dublino II (oggi art. 17, par. 1 Regolamento Dublino III), in base alla quale lo Stato membro cui è rivolta la domanda può esaminarla in deroga ai criteri fissati dall'art. 5 ss (oggi art. 7); pertanto, gli Stati membri avevano ed hanno una certa discrezionalità nel determinare lo Stato responsabile dell'esame della domanda. Vedi sentenza della CEDU del 30 giugno 2005, ricorso n° 45036/98, *Boshporus c. Irlanda* reperibile su www.echr.coe.int

206 Tratto da <http://asiloineuropa.blogspot.it/2013/07/dublin-guide-il-regolamento-dublino-iii.html#more>

dello status di rifugiato in un altro Stato membro o di una forma di protezione analoga in un Paese terzo; nel caso di un Paese non membro che è considerato uno Stato di primo asilo del richiedente a norma dell'art. 35; nel caso di uno Stato non membro che sia considerato Paese terzo sicuro per il richiedente a norma dell'art. 38; nel caso di domanda reiterata, qualora non siano emersi nuovi elementi. Il concetto di Paese terzo sicuro, è conforme alla Convenzione di Ginevra e alla CEDU; tuttavia l'ACNUR ha precisato che tale concetto: “non può elidere l'esame individuale della domanda; deve basarsi su determinati elementi, volti a accertare la natura sicura del Paese terzo in questione; quest'ultimo deve avere un legame con il richiedente, ammetterlo ed essere disposto ad esaminare la sua domanda di protezione”. I primi due criteri non pongono molti problemi e vengono, nella maggior parte dei casi, rispettati. L'ultima condizione non richiede un elevato livello di legame, posto che è sufficiente anche il mero transito. L'aspetto più problematico è quello dell'ammissione della domanda. Vediamo cosa succede in caso di esito positivo: il beneficiario acquisisce alcuni diritti. Questi ultimi si possono raggruppare in base al rifugiato e al beneficiario di protezione sussidiaria, anche se ve ne sono alcuni validi per entrambi. Ad esempio si ha, il diritto di soggiorno rinnovabile, rispettivamente, della durata di tre anni e di un anno. Altri diritti in comune si trovano in tema di revoca: il colloquio individuale, il diritto a impugnare il provvedimento di revoca e il diritto all'assistenza legale.

In caso contrario il richiedente potrà impugnare la decisione in base all'art. 46 della direttiva procedure²⁰⁷. Un esempio si ha nei casi di infondatezza: quando un individuo proviene da un Paese di origine sicuro; quest'ultimo è individuabile in base ai criteri dell'Allegato I alla direttiva procedure²⁰⁸. In base ai dati della Commissione gli Stati sono

207 Precedentemente art. 39 direttiva 2005/85.

208 Precedentemente Allegato II direttiva 2005/85.

soliti rispettare le indicazioni di tale Allegato, sia l'obbligo di un esame individuale, idoneo a far emergere elementi che facciano venir meno la presunzione di sicurezza²⁰⁹.

7.8 Il regolamento Dublino III

Il Regolamento (UE) n. 604/2013²¹⁰ stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide. Il Regolamento ha abrogato il Regolamento (CE) 343/2003, detto Dublino II, ed ha modificato alcune disposizioni in merito alla determinazione dello Stato membro UE competente all'esame della domanda di protezione internazionale e le modalità e tempistiche per la determinazione. Tuttavia, restano invariati alcuni dei punti previsti dal precedente Regolamento. Infatti elemento comune ai due regolamenti è l'obiettivo: da un lato, intendono impedire che nessuno Stato si dichiari competente all'esame della domanda di protezione internazionale, privando così il rifugiato del diritto di accedere alla procedura amministrativa prevista per il riconoscimento dello status, dall'altro si pongono come obiettivo quello di impedire i movimenti interni all'UE dei richiedenti protezione, dando agli Stati e non alle persone la facoltà di decidere in quale Stato la persona debba veder esaminata la domanda²¹¹. Il regolamento infatti si ispira al principio dell'unicità della competenza, secondo il quale una domanda di protezione internazionale che venga proposta nel territorio dell'Unione europea da

209 Cfr. F. CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 250-267.

210 Testo integrale del Regolamento reperibile su: <http://www.meltingpot.org/Regolamento-UE-N-604-2013-del-26-giugno-2013.html#.Vhwcpuztmkp>

211 Tratto da <http://www.meltingpot.org/Asilo-Ecco-il-nuovo-Regolamento-Dublino-III.html#.Vhw2Tuztmkp>

un cittadino di uno Stato terzo o da un apolide deve essere esaminata dalle autorità competenti di un solo Stato membro. Ciò allo scopo di contrastare la prassi delle “domande multiple”, ossia l’eventualità che gli stranieri, dopo aver fatto ingresso, regolarmente o irregolarmente, nell’Unione, propongano domande di asilo dinanzi alle autorità di più Stati membri al solo scopo di accrescere le possibilità di ottenere tutela, ciò che alimenta, peraltro, il fenomeno dei movimenti interni all’Unione dei richiedenti protezione – c.d. movimenti secondari – per lo più generati dall’interesse dello straniero a ricercare la forma di tutela più favorevole, in ragione dei suoi legami familiari o desideri personali oppure, più semplicemente, della qualità del sistema di asilo applicato in un certo Stato membro (cd. *asylum shopping*). Altra conseguenza è il c.d. fenomeno dei “rifugiati in orbita”, in forza del quale il richiedente che non abbia ricevuto tutela in uno Stato membro si reca in un diverso Stato membro al fine di presentare una nuova domanda di protezione internazionale.

In secondo luogo, il regolamento 604/2013 condiziona ancora la competenza a conoscere delle domande di protezione internazionale all’applicazione di taluni criteri successivi, ordinati in modo gerarchico, che dovrebbero essere stabiliti in modo oggettivo ed equo, sia per gli Stati membri sia per le persone interessate dalla domanda di protezione. Tale meccanismo dovrebbe soprattutto consentire di individuare con ragionevole rapidità lo Stato membro competente, garantendo l’effettivo accesso alle procedure senza pregiudicare l’obiettivo di un tempestivo espletamento delle domande di protezione internazionale. Tuttavia, sul piano dei contenuti e della gerarchia, i criteri di competenza del regolamento 604/2013 restano, per lo più, invariati rispetto al regolamento “Dublino II”, valorizzando, in via successiva, l’esistenza di certi legami familiari – a partire dall’ipotesi in cui il richiedente sia un minore non accompagnato – l’avvenuto

rilascio di un titolo di soggiorno o un visto ad altri fini ovvero il luogo in cui per primo il soggetto ha fatto ingresso, regolarmente o irregolarmente nel territorio europeo. Viene altresì ribadita la regola generale secondo cui tali criteri si applicano nell'ordine in cui sono presentati e sulla base della situazione esistente al momento in cui il richiedente ha presentato domanda di protezione internazionale per la prima volta in uno Stato membro. Tuttavia, nonostante l'enunciazione di principio che esigerebbe l'applicazione gerarchica dei criteri, anche nel sistema "Dublino III" persiste la tendenza a favorire la competenza per l'esame di una domanda di protezione internazionale, in primis, sullo Stato che ha svolto il maggior ruolo in relazione all'ingresso e al soggiorno del richiedente nel territorio degli Stati membri: quando, infatti, è accertato – attraverso prove o circostanze indiziarie, inclusi ovviamente i dati sulle impronte digitali raccolte attraverso il sistema EURODAC – “che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un Paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente” e la sua responsabilità cessa 12 mesi dopo l'attraversamento clandestino della frontiera. La circostanza che il meccanismo di ripartizione della competenza sia ancora, di fatto, ancorato al criterio dello Stato membro di primo ingresso dello straniero nel territorio dell'Unione è, peraltro, alla base dei cedimenti strutturali del sistema di riparto della competenza così come consegnato fin dalla Convenzione di Dublino del 1990. La valorizzazione del luogo di primo ingresso, infatti, da un lato, finisce per concentrare le domande di protezione in determinati Stati membri, soprattutto quelli di frontiera meridionale dell'Unione, che sono maggiormente interessati dai flussi migratori, favorendo l'insorgere in essi di crisi sistemiche e, dunque, il rischio di violazioni dei diritti fondamentali dei richiedenti. Dall'altro, tale criterio pregiudica gli

interessi degli stranieri in cerca di protezione, imponendo agli stessi la proposizione della domanda in un luogo che non solo non sarebbe quello nel quale questi ultimi hanno interesse a restare (o a trasferirsi), per ragioni familiari o personali, ma nel quale, magari sono giunti in modo del tutto casuale e imprevisto, per esempio, per ragioni ambientali (ad esempio, un naufragio in mare) o per scelte opportunistiche e senza scrupoli degli organizzatori dei viaggi clandestini. Peraltro, allo stato attuale, lo Stato individuato dal “sistema di Dublino” come competente ad esaminare la domanda è generalmente anche lo Stato in cui l’interessato dovrà soggiornare una volta ottenuta la protezione. Ciò frustra le aspirazioni dei richiedenti e i loro legami familiari e culturali con alcuni Stati nonché le concrete prospettive di trovare un’occupazione negli Stati membri dell’Unione con un conseguente aggravio degli oneri di assistenza. Eppure, nonostante i limiti appena esposti, il regolamento 604/2013 non è intervenuto su questo aspetto per limitarne o, per lo meno, razionalizzarne l’operatività²¹².

In generale, le novità rispetto al precedente Regolamento si muovono lungo due direzioni: rispetto all’ambito di applicazione materiale del regolamento e in relazione alla questione della conformità del “sistema di Dublino” con i parametri di tutela dei diritti fondamentali di derivazione internazionale. Sul piano dell’ambito di applicazione *ratione materiae*, figurano, in particolare, tre novità: l’estensione della portata del regolamento alle domande di protezione internazionale, l’ampliamento del novero dei soggetti richiedenti e la possibilità che la domanda di protezione internazionale sia presentata sul territorio di qualunque Stato membro, ivi comprese la frontiera e le zone di transito. Quanto al primo aspetto, ai sensi dell’art. 2, lett. b) del regolamento, per domanda di protezione internazionale deve intendersi

212 Tratto da

http://www.osservatoriosullefonti.it/component/docman/doc_download/633-o-feraci

oggi la domanda definita dall'art. 2, lettera h) della direttiva 2011/95/UE, secondo cui è tale “una richiesta di protezione rivolta a uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide di cui si può ritenere che egli intende ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria, e che non sollecita esplicitamente un diverso tipo di protezione non contemplato nell'ambito di applicazione della presente direttiva e che possa essere richiesto con domanda separata”. Le nuove norme uniformi si applicano, pertanto, non soltanto alle domande di asilo, laddove gli stranieri invochino, cioè, lo status giuridico di rifugiato, ma anche alle richieste di protezione sussidiaria e alle persone aventi titolo a beneficiare della stessa. Una tale estensione è, senza dubbio, rilevante perché mira ad assicurare la parità di trattamento di tutti i richiedenti e beneficiari di protezione internazionale, nonché la coerenza con l'attuale acquis dell'Unione in materia di asilo, in particolare, con la direttiva 2011/95/UE.

Rispetto alla seconda innovazione sopra indicata, il regolamento 604/2013 amplia anche il novero dei soggetti legittimati a richiedere misure di protezione internazionale. Le nuove domande proposte a partire dal 1° gennaio 2014 potranno provenire, infatti, non solo da un cittadino di Stato terzo, ossia da colui che non sia cittadino dell'Unione ai sensi dell'art. 20 TFUE ss. o che non sia cittadino di uno Stato che partecipa al regolamento in virtù di un accordo di associazione concluso con l'Unione europea, ma anche da soggetti privi di qualsiasi cittadinanza, ossia dagli apolidi. Infine, il nuovo regolamento estende il proprio ambito di applicazione a qualsiasi domanda di protezione internazionale presentata da uno straniero non solo nel territorio di uno Stato membro o alla sue frontiere, ma anche nelle “zone di transito”, ampliando così le possibilità di tutela del richiedente. Venendo al secondo profilo di novità poc'anzi accennato, il regolamento 604/2013 si caratterizza per la generale tendenza al rafforzamento della tutela dei

diritti fondamentali dei richiedenti. Questo aspetto è certamente il più rilevante del rinnovato assetto normativo con il quale le istituzioni hanno inteso rispondere alle critiche mosse al “sistema di Dublino” nell’applicazione dei due precedenti strumenti di armonizzazione, soprattutto in relazione a flussi migratori consistenti e a situazioni di forte pressione su talune frontiere esterne dell’Unione europea meridionale, che risultano maggiormente esposte a massicci fenomeni di immigrazione, soprattutto irregolare (quali Grecia, Italia, Malta e Spagna). Ma la tensione delle norme “Dublino” con i diritti fondamentali non si manifesta solo rispetto a circostanze emergenziali del sistema di ingresso e di prima accoglienza nel territorio dell’Unione europea, ma anche in relazione alla permanenza dello straniero nel territorio europeo in attesa che a questi venga riconosciuto lo stato di rifugiato o quello di beneficiario di tutela sussidiaria a causa. Ciò è ancora più evidente allorché vengano invocate relazioni familiari e affettive del richiedente ai fini della determinazione della competenza per la domanda di protezione internazionale, sul rilievo che altri familiari già soggiornino, in base ad un titolo di protezione già ottenuto o, per lo meno, già richiesto, in uno Stato membro dell’Unione europea, soprattutto laddove il richiedente sia un minore non accompagnato. La questione della protezione dei diritti fondamentali emerge, infatti, in tutta la sua urgenza rispetto alle diverse fasi del procedimento, a partire dal momento in cui lo straniero vi accede attraverso la presentazione della domanda; esso si snoda, quindi, lungo tutto lo svolgimento della procedura, fino al momento dell’eventuale trasferimento del richiedente asilo in uno Stato membro diverso da quello richiesto, laddove la domanda sia stata proposta in uno Stato che non risulti competente secondo le norme del “sistema di Dublino” e venga così inoltrata alle autorità nazionali competenti, senza un previo esame nel merito della richiesta. A ciò si connette la

situazione di coloro che, a seguito del provvedimento di trasferimento disposto in base alle norme del regolamento, siano costretti a fare ritorno nello Stato d'origine o siano respinti nello Stato terzo, intermedio, di partenza. È in questo scenario, invero, che si manifesta il vero elemento di rottura del regolamento “Dublino III”, che si esprime nella presa d'atto, implicita, dell'infondatezza del presupposto applicativo del sistema da essa designato, ossia nel superamento della presunzione di conformità del comportamento di tutti gli Stati membri ai parametri di tutela dei diritti fondamentali e, quindi, della condizione di sicurezza reciproca tra gli stessi. Su tale premessa, del resto, si regge la possibilità di trasferire la responsabilità per l'esame delle domande di asilo da uno Stato membro all'altro in base ai criteri uniformi del regolamento²¹³.

Le principali novità si concretizzano quindi nella modifica e l'ampliamento delle definizioni di familiari con l'introduzione di parenti, rappresentanti dei minori non accompagnati; nell'esplicitazione della superiorità dell'interesse del minore; l'introduzione dell'effetto sospensivo del ricorso; nell'inserimento di termini più stringenti per la procedura di presa in carico e introduzione di termini per la richiesta di ripresa in carico. Viene poi fatto espresso divieto di trasferire un richiedente, qualora si abbiano fondati motivi di ritenere che vi sia un rischio di trattamenti inumani o degradanti; introdotto l'obbligo di fornire più informazioni ai richiedenti, sia prima che dopo l'eventuale decisione di trasferimento e di condurre un colloquio personale, prima della decisione di trasferimento. Precisazioni sulla competenza in caso di “persone a carico e gli obblighi dello Stato competente. Il ricorso contro una decisione di trasferimento (pur non automaticamente sospensivo) offre sicuramente

213

Tratto

da

http://www.osservatoriosullefonti.it/component/docman/doc_download/633-0-feraci

molte più garanzie rispetto a Dublino II. Introduzione di limiti, anche temporali, al trattenimento delle persone soggette alla procedura Dublino, anche se permane il rischio-discrezionalità degli Stati. Chiarimenti riguardo alle modalità e costi dei trasferimenti; obbligo, prima di un trasferimento, di scambiarsi dati, anche sanitari, necessari a garantire assistenza adeguata, continuità della protezione e soddisfazione di esigenze specifiche, in particolare mediche; infine, l'introduzione di un “meccanismo di allerta rapido, di preparazione e di gestione delle crisi” in caso di rischio di speciale pressione sul sistema di asilo di un Paese e in caso di problemi nel funzionamento dello stesso²¹⁴.

Ciononostante da alcuni studi effettuati negli ultimi anni emergono ancora differenze sostanziali tra i sistemi di protezione dei diversi paesi, sia per quanto riguarda le misure di accoglienza, sia relativamente alle percentuali di riconoscimento, sia rispetto alle procedure di esame della domanda, pertanto l'Unione Europea ha riformato il complesso della normativa in materia, ponendolo, nelle intenzioni, come base uniforme al fine di evitare disparità nel trattamento delle persone e nell'esame delle loro domande, proprio come premessa delle misure previste dal Regolamento Dublino, nella sua versione modificata.

Il 26 giugno 2013 oltre ad essere state approvate le citate direttive procedure e direttiva accoglienza, è stato approvato, quindi, anche il Regolamento 604/2013. Entrato in vigore il 19 luglio 2013, abroga e sostituisce il regolamento CE/343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003 – cd. “Dublino II”. Inoltre dal 1° gennaio 2014 è stato applicato alle domande di protezione internazionale e ad ogni richiesta di presa in carico o di ripresa in carico di richiedenti indipendentemente dalla data di presentazione della domanda. La sua applicazione territoriale

214 Tratto da <http://asiloineuropa.blogspot.it/2013/07/dublin-guide-il-regolamento-dublino-iii.html#more>

Nell'ottica della realizzazione del Sistema comune di asilo, nel 2010 è stato istituito l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), che fornisce anche assistenza agli Stati al fine della corretta applicazione

218 Tratto da
http://www.osservatoriosullefonti.it/component/docman/doc_download/633-o-feraci.

del Regolamento, oltre che un supporto informativo, e un intervento rapido di supporto agli Stati in caso di afflusso massiccio di richiedenti protezione internazionale.

Scendendo nella disamina di merito delle modifiche apportate dal Regolamento Dublino III, abbiamo a livello di definizioni e principi una nozione più ampia di familiari del minore, facendo riferimento al padre, alla madre o ad altro adulto responsabile e introducendo la definizione di parenti.

Viene resa esplicita l'impossibilità di trasferire un richiedente verso uno Stato membro in cui il richiedente rischi di subire un trattamento inumano o degradante, riprendendo così il principio del divieto di trattamento inumano e degradante previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²¹⁹. Infatti le nuove norme del regolamento 604/2013 tengono conto dei risultati dell'applicazione pratica del regolamento 343/2003 e non presuppongono più, di fatto, una tutela comune da parte degli Stati membri, richiedendo, invece, un accertamento concreto nelle singole situazioni in rilievo. Ciò si riscontra proprio nell'introduzione di un limite espresso all'espletamento della procedura di determinazione dello Stato membro competente per l'esame delle domande di protezione internazionale, ossia nel divieto di trasferimento del richiedente, laddove quest'ultimo sia rischi di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti. L'art. 3, par. 2, del regolamento "Dublino III" stabilisce, infatti, che "qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze

219 In proposito viene in evidenza la condanna di Grecia e Belgio da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (21 gennaio 2011, ric. 30696/09), per il rinvio in Grecia di un richiedente afgano, giustificato, nonostante gli inviti pubblici di UNHCR e altri organismi internazionali a non effettuare i trasferimenti in Grecia, proprio dai principi del Regolamento Dublino e dal presupposto, inaccettabile secondo la CEDU, che un Paese europeo sia per definizione sicuro.

sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente"²²⁰. Inoltre si chiarisce il contenuto del diritto all'informazione del richiedente protezione internazionale. Infatti del colloquio personale a cui viene sottoposto il richiedente, viene redatto verbale: rispetto ad esso il richiedente stesso o il suo legale rappresentato hanno diritto di accesso.

Altro elemento innovativo consiste nell'introduzione di misure di garanzia per il minore – soggetto che deve essere assistito da un rappresentante che abbia accesso a tutte le informazioni pertinenti al caso. Lo Stato nel quale ha presentato domanda deve procedere in tempi brevi alla ricerca dei familiari. Tutta la procedura deve essere attuata nel rispetto del superiore interesse del minore. In merito ai criteri per la determinazione dello Stato competente l'art. 17 prevede che: fermo restando che ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda pur non essendo competente secondo i criteri previsti dal Regolamento; la gerarchia dei criteri per la determinazione dello Stato competente rimane quasi invariata. Con riguardo ai minori è stata estesa la tutela tramite l'ampliamento delle figure alle quali il minore stesso può, se vuole, essere ricongiunto, che non saranno più solo i genitori, ma anche un fratello o un parente²²¹. Rimane fermo il fatto che in caso di mancanza di un parente è competente il paese nel cui il minore ha presentato la domanda.

220 Tratto da http://www.osservatoriosullefonti.it/component/docman/doc_download/633-o-feraci

221 Ad esempio uno zio o una zia, un nonno o una nonna.

Circa i familiari beneficiari di protezione internazionale la disposizione non ha subito variazioni sostanziali. Se un familiare del richiedente – indipendentemente dal fatto che la famiglia fosse già costituita nel paese di origine – è stato autorizzato a soggiornare in qualità di beneficiario di protezione internazionale in uno Stato membro, tale Stato membro è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale, purché gli interessati abbiano espresso tale desiderio per iscritto. Anche per i familiari richiedenti protezione internazionale, la disposizione non ha subito variazioni sostanziali: se un familiare di un richiedente ha presentato in uno Stato membro una domanda di protezione internazionale sulla quale non è ancora stata adottata una prima decisione di merito, l'esame della domanda di protezione internazionale compete a detto Stato membro, sempre che gli interessati abbiano espresso tale desiderio per iscritto.

Circa la procedura familiare rimangono invariate le disposizioni previste dal Regolamento 343/2003 nel caso in cui la domanda di protezione sia presentata da più familiari in Stati diversi: a) è competente per l'esame delle domande di protezione internazionale di tutti i familiari e/o di fratelli minori non coniugati lo Stato membro che i criteri designano come competente per prendere in carico il maggior numero di essi; b) negli altri casi, è competente lo Stato membro che i criteri designano come competente per l'esame della domanda del più anziano di essi.

In merito alla Clausola umanitaria, permane la discrezionalità in capo agli Stati di procedere al ricongiungimento di familiari del richiedente, per ragioni di tipo umanitario, ai sensi dell'art. 17, comma 2. Lo Stato membro nel quale è manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale e che si occupa della determinazione dello Stato membro competente, o lo Stato membro competente, può, in ogni momento, prima che sia adottata una prima decisione sul merito,

chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico un richiedente al fine di procedere al ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali, anche se tale altro Stato membro non è competente. Le persone interessate devono esprimere il loro consenso per iscritto.

Per quanto concerne il rilascio di titoli di soggiorno o visti resta sostanzialmente invariata la procedura per chi sia o sia stato titolare di permessi di soggiorno o visti, ai sensi dell'art. 12. Se il richiedente è titolare di un titolo di soggiorno in corso di validità, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale è quello che ha rilasciato tale titolo.

Se il richiedente è titolare di un visto in corso di validità, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale è quello che ha rilasciato il visto, a meno che il visto non sia stato rilasciato per conto di un altro Stato membro nel quadro di un accordo di rappresentanza. In tal caso, infatti, l'esame della domanda di protezione internazionale compete allo Stato membro rappresentato.

Se il richiedente è titolare di più titoli di soggiorno o visti in corso di validità, rilasciati da vari Stati membri, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale è, nell'ordine:

a) lo Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno che conferisce il diritto di soggiorno più lungo o, se la validità temporale è identica, lo Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno la cui scadenza è più lontana; b) lo Stato membro che ha rilasciato il visto la cui scadenza è più lontana, quando i visti sono di analoga natura; c) quando si tratta di visti di natura diversa, lo Stato membro che ha rilasciato il visto di validità più lunga o, in caso di validità identica, lo Stato membro che ha rilasciato il visto la cui scadenza è più lontana.

Se il richiedente è titolare soltanto di uno o più titoli di soggiorno scaduti da meno di due anni o di uno o più visti scaduti da meno di sei mesi che gli avevano effettivamente permesso l'ingresso nel territorio di uno Stato membro, si applicano le disposizioni precedenti fino a che il richiedente non abbia lasciato i territori degli Stati membri. Qualora il richiedente sia titolare di uno o più titoli di soggiorno scaduti da oltre due anni o di uno o più visti scaduti da oltre sei mesi che gli avevano effettivamente permesso l'ingresso nel territorio di uno Stato membro e non abbia lasciato i territori degli Stati membri, è competente lo Stato membro in cui è presentata la domanda di protezione internazionale.

Il fatto che il titolo di soggiorno o il visto sia stato rilasciato ad un cittadino di un paese terzo che ha declinato una identità falsa o usurpata o dietro presentazione di documenti falsificati, contraffatti o non validi non osta all'attribuzione della competenza allo Stato membro che lo ha rilasciato. Tuttavia, lo Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno o il visto non è competente se può dimostrare che la frode è avvenuta successivamente al rilascio del titolo o del visto.

Riguardo all'ingresso e soggiorno rimangono sostanzialmente le medesime le disposizioni previste per l'ingresso illegale. L'art. 13 prevede che quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle circostanze indiziarie, che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale. Detta responsabilità cessa 12 mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera. Quando uno Stato membro non può o non può più essere ritenuto responsabile dell'ingresso irregolare e quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle circostanze

indiziarie, che il richiedente – entrato illegalmente nei territori degli Stati membri o del quale non si possano accertare le circostanze dell'ingresso – ha soggiornato per un periodo continuato di almeno cinque mesi in uno Stato membro prima di presentare domanda di protezione internazionale, detto Stato membro è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale.

Se il richiedente ha soggiornato per periodi di almeno cinque mesi in vari Stati membri, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale, è quello in cui ha soggiornato più di recente. Anche per l'ingresso con esenzione di visto, rimangono invariate le disposizioni previste nel caso in cui la persona abbia fatto ingresso nel paese con esenzione di visto, ai sensi dell'art. 14. Se un cittadino di un paese terzo o un apolide entra nel territorio di uno Stato membro in cui è dispensato dal visto, l'esame della domanda di protezione internazionale compete in questo caso a tale Stato membro. Questa disposizione non si applica se il cittadino di un Paese terzo o l'apolide presenta la domanda di protezione internazionale in un altro Stato membro in cui è parimenti dispensato dal visto per l'ingresso nel suo territorio. In questo caso tale altro Stato membro è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale.

Anche in merito alla domanda nella zona internazionale di transito di un aeroporto rimangono invariate le disposizioni previste dal precedente Regolamento, ai sensi dell'art. 15. Quando la volontà di chiedere la protezione internazionale è espletata nella zona internazionale di transito di un aeroporto di uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, detto Stato membro è competente per l'esame della domanda.

Per le persone a carico e clausole discrezionali sono state inserite misure di maggior favore nel caso di persone che dipendono dall'assistenza di familiari per particolari condizioni di salute, ai sensi

dell'art. 16. Qualora nel caso di gravidanza, maternità recente, malattia grave, grave disabilità o età avanzata, un richiedente sia dipendente dall'assistenza del figlio, del fratello o del genitore legalmente residente in uno degli Stati membri o laddove un figlio, un fratello o un genitore legalmente residente in uno degli Stati membri sia dipendente dall'assistenza del richiedente, gli Stati membri lasciano insieme o ricongiungono il richiedente con tale figlio, fratello o genitore, a condizione che i legami familiari esistessero nel paese d'origine, che il figlio, il fratello, il genitore o il richiedente siano in grado di fornire assistenza alla persona a carico e che gli interessati abbiano espresso tale desiderio per iscritto. Quanto esposto finora è sostanzialmente identico a quanto previsto precedentemente. Ciò che è innovativo del presente Regolamento, infatti, è l'introduzione di termini per la procedura di ripresa in carico. Per la presa in carico la Procedura e tempistica restano sostanzialmente invariati. Se in seguito alla presentazione della domanda di protezione internazionale vi sono elementi che lo rendano necessario, la Questura invia il fascicolo all'Unità Dublin, con sede presso il Ministero dell'Interno, per la determinazione dello Stato competente all'esame.

Se è accertata la competenza di un altro Stato membro, lo Stato nel quale è stata presentata la domanda può chiedere all'altro paese di farsi carico della domanda entro tre mesi dalla verbalizzazione. Se la richiesta di prendere in carico un richiedente non è formulata entro i termini previsti al primo e al secondo comma, la competenza dell'esame della domanda di protezione internazionale spetta allo Stato membro al quale la domanda è stata presentata. Lo Stato membro richiesto procede alle verifiche necessarie e delibera sulla richiesta di presa in carico di un richiedente entro due mesi a decorrere dal ricevimento della richiesta. Lo Stato membro richiedente può sollecitare una risposta urgente nei casi in cui la domanda di protezione

internazionale sia stata presentata a seguito di un rifiuto d'ingresso o di soggiorno, di un arresto per soggiorno irregolare, della notificazione o dell'esecuzione di un provvedimento di allontanamento. La mancata risposta entro la scadenza del termine di due mesi e di quello di un mese nel caso di urgenza, equivale all'accettazione della richiesta e comporta l'obbligo di prendere in carico la persona, compreso l'obbligo di prendere disposizioni appropriate all'arrivo della stessa. Complessivamente la procedura di presa in carico può durare al massimo 5 mesi, come nella versione precedente.

Quanto alla ripresa in carico, la procedura resta intatta, ma viene introdotta la tempistica. Infatti, dati i tempi di attesa anche superiori all'anno per la procedura di ripresa in carico, viene in rilievo l'introduzione della tempistica anche per chi risulti già presente negli archivi dell'EURODAC, e si possa pertanto attivare la procedura di ripresa in carico. Una richiesta di ripresa in carico è presentata quanto prima e in ogni caso entro due mesi dal ricevimento della risposta pertinente EURODAC. Se la richiesta di ripresa in carico è basata su prove diverse dai dati ottenuti dal sistema EURODAC, essa è inviata allo Stato membro richiesto entro tre mesi dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale. Se la richiesta di ripresa in carico non è presentata entro i termini, la competenza per l'esame della domanda di protezione internazionale spetta allo Stato membro in cui la nuova domanda è stata presentata. La richiesta di ripresa in carico può essere effettuata anche nel caso in cui non sia stata presentata una nuova domanda di protezione. Questa è una procedura introdotta dal presente Regolamento. La medesima procedura di ripresa in carico si applica anche per chi non abbia presentato nuova domanda, ma sia in attesa di risposta da un altro Stato o sia già stato denegato da altro Stato. In questo caso lo Stato può anche attuare direttamente le misure di rimpatrio. Lo Stato membro richiesto procede alle verifiche

necessarie e decide in merito alla richiesta di ripresa in carico dell'interessato quanto prima e in ogni caso entro un mese dalla data in cui perviene la richiesta. Quando la richiesta è basata su dati ottenuti dal sistema EURODAC, tale termine è ridotto a due settimane. L'assenza di risposta entro la scadenza del termine di un mese o di due settimane previsto al par. 1 equivale all'accettazione della richiesta e comporta l'obbligo di riprendere in carico l'interessato, compreso l'obbligo di adottare disposizioni appropriate all'arrivo dello stesso. A livello di obblighi, lo Stato membro competente deve, nei termini previsti, prendere o riprendere in carico il richiedente. Rimane invariato il fatto che l'obbligo di presa in carico o di ripresa in carico cessano se il richiedente si è allontanato dal territorio degli Stati membri per almeno tre mesi. L'obbligo di presa in carico o di ripresa in carico cessano, inoltre, se lo Stato membro competente può stabilire, quando gli viene chiesto di riprendere in carico un richiedente, che l'interessato ha lasciato il territorio degli Stati membri conformemente a una decisione di rimpatrio o di un provvedimento di allontanamento emessa da quello Stato membro a seguito del ritiro o del rigetto della domanda.

Lo Stato membro competente all'esame della domanda di protezione internazionale in base ai criteri sopraelencati ha l'obbligo di prendere o riprendere in carico il richiedente nei modi e con i termini che verranno indicati.

La competenza determinata in base all'ingresso irregolare cessa nei seguenti casi: a) dopo 12 mesi dall'attraversamento della frontiera; b) dopo 5 mesi di soggiorno continuato in altro Stato, che sarà quindi competente all'esame.

Veniamo ora alla decisione di trasferimento: contro essa è previsto un ricorso effettivo. Infatti, la decisione di trasferimento deve essere comunicata al richiedente. Secondo il nuovo regolamento il ricorso

deve avere effetto sospensivo, misura non prevista nel precedente. È stata così introdotta nella normativa una modifica sostanziale richiesta da anni da tutte le organizzazioni di tutela dei richiedenti e dei rifugiati. La tutela legale deve essere garantita gratuitamente allo straniero che non possa assumerne i costi.

Per quanto concerne il trattenimento ai fini del trasferimento, il Regolamento 604/2013 introduce anche la possibilità per gli Stati di trattenere il richiedente ai fini del trasferimento, nelle modalità previste dall'art. 28, nel caso di pericolo di fuga. I termini per la procedura di presa o ripresa in carico sono ridotti: un mese per la presentazione della domanda, due settimane per la risposta. Il trasferimento deve avvenire nelle successive sei settimane. Scaduto il termine per la presentazione o quello del trasferimento la persona non può essere trattenuta. I termini del trasferimento rimangono gli stessi: il trasferimento deve avvenire entro sei mesi dall'accettazione della domanda; entro un anno se la persona è detenuta o al massimo entro 18 se la persona è irreperibile. Scaduti i termini la domanda deve essere esaminata dallo Stato che l'ha ricevuta.

Prima del trasferimento è opportuno che vi sia uno scambio di informazioni. Il Regolamento prevede lo scambio di informazioni sanitarie prima del trasferimento al fine di garantire l'assistenza sanitaria al richiedente al momento dell'accoglienza nel paese competente. Sono disposte misure molto precise rispetto a chi può trattare i dati sensibili e sulla modalità e durata di archiviazione per garantirne la riservatezza.

In caso di situazioni particolari, come l'afflusso di numerose persone in un paese membro, che possa mettere in difficoltà l'applicazione del Regolamento, la Commissione può chiedere allo Stato di presentare ed attuare un piano d'azione per fronteggiare la crisi e chiedere garanzia allo Stato che questa non comporti delle deroghe ai diritti dei

richiedenti protezione. Per la cooperazione amministrativa restano sostanzialmente invariate le disposizioni, salvo la riduzione dei termini da sei a cinque settimane per rispondere, ai sensi dell'art. 21²²².

Importante, adesso, soffermarci sulla natura giuridica del presente Regolamento. Essendo questo atto derivato dell'Unione, deve essere conforme al diritto primario dell'Unione europea, ossia, in particolare, dopo l'entrata in vigore di Lisbona, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – solennemente proclamata il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, la quale, com'è noto, dal 1° dicembre 2009, ha acquistato lo stesso valore giuridico dei Trattati. Occorre, a tal proposito, rilevare che il rispetto della Carta si impone alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, così come agli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'art. 6, par. 3, TUE aggiunge poi che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sono principi generali dell'Unione, con l'effetto che i diritti fondamentali non enunciati nella Carta ma enucleati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia integrano il sistema di garanzie dell'individuo, acquistando il rango di “fonti interposte” nella gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione europea: essi, pertanto, costituiscono così parametro di legittimità degli atti derivati, oltre che mezzi di interpretazione e integrazione del loro contenuto. Il regolamento deve, pertanto, rispettare, in generale, i diritti fondamentali come sopra indicati e osservare, in particolare, i principi della Carta relativi agli stranieri²²³.

222 Tratto da <http://www.meltingpot.org/Asilo-Ecco-il-nuovo-Regolamento-Dublino-III.html#.Vhwcseztmkp>

223 Occorre, quindi, che sia osservato il diritto d'asilo enunciato dall'art. 18 della stessa, secondo cui esso “è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e a norma del Trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione”, nonché il principio di non refoulement secondo il quale “nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad

Nonostante le modifiche apportate, vi è un elemento fondamentale che non viene tenuto di conto: cioè che gli Stati membri non costituiscono un'area con un livello di protezione omogeneo. Infatti le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo e i tassi di accoglimento di domande di protezione “simili” cambiano drammaticamente da un Paese all'altro. Altro problema emerge dal fatto che, allo stato attuale, chi ottiene la protezione internazionale non ha poi la possibilità di lavorare regolarmente in un altro Stato UE. Ciò significa che, salvo eccezioni, lo Stato che viene individuato dal sistema Dublino come competente ad esaminare la domanda sarà poi anche lo Stato in cui l'interessato dovrà rimanere una volta ottenuta la protezione. Questo comporta che non si tenga di conto né delle aspirazioni dei singoli o dei loro legami familiari o culturali con alcuni Paesi, né delle concrete prospettive di trovare un'occupazione nei diversi Paesi europei. Occorrono, dunque, interventi molto più radicali delle mere modifiche a Dublino²²⁴.

altre pene o trattamenti inumani e degradanti” (art. 19, par. 2, della Carta). In relazione al regolamento “Dublino III”, nell’ambito dei valori enunciati dalla Carta, sorge l’esigenza di rispettare altri diritti fondamentali di carattere generale, quali quelli riconosciuti dagli articoli 1 (dignità umana), 4 (proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti), 7 (rispetto della vita privata e familiare), 24 (diritti del bambino) e 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale). Per garantire un’effettiva conformità delle norme regolamentari ai parametri di tutela della Carta, occorrerà tenere in considerazione, altresì, quanto disposto dall’art. 52, par. 3, della stessa ove si dispone che, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dal suddetto strumento pattizio.

Per un ulteriore approfondimento si veda http://www.osservatoriosullefonti.it/component/docman/doc_download/633-o-feraci
224 Tratto da <http://asiloineuropa.blogspot.it/2013/07/dublin-guide-il-regolamento-dublino-iii.html#more>

CAPITOLO II: LA PROCEDURA PER L'ACQUISTO E LA CESSAZIONE DELLO STATUS DI RIFUGIATO IN ITALIA

1. L'attuazione delle fonti internazionali ed europee nell'ordinamento italiano: a) La ratifica della Convenzione di Ginevra nell'ordinamento italiano

L'Italia ratifica la Convenzione di Ginevra con legge n° 722 del 24 luglio del 1954 e adotta la “riserva geografica” secondo cui il riconoscimento dello status di rifugiato è concesso solo a individui provenienti dall'Europa. Tale scelta è dettata da motivi di ordine economico: l'Italia voleva infatti ritirare la riserva, ma ha comunque asserito che tale limitazione trova la sua ragion d'essere nel fatto che l'Italia stessa è l'unico Paese occidentale a confinare con due aree geografiche, che costituiscono fonte di provenienza di molti rifugiati: l'Europa dell'est e l'area afro-asiatica. Per una eliminazione definitiva di tale riserva si è dovuto aspettare la caduta del muro di Berlino che ha provocato un mutamento dello scenario politico internazionale. L'abolizione ufficiale si ha quindi solo nel 1989 con d. l. 416 del 30 dicembre dello stesso anno, poi convertito in legge n° 39 del 28 febbraio del 1990, nota come legge Martelli¹. Per quasi quarant'anni dunque, in base a un accordo implicito internazionale, l'Italia, l'Austria e l'ex Jugoslavia, rivestono il ruolo di “primo asilo”, per la loro peculiare posizione geografica che le vedeva paesi di transito per i rifugiati provenienti dal mondo ex comunista. Gli altri paesi erano invece addetti alla predisposizione di una stabile e sistematica protezione per i rifugiati proveniente da altri continenti rispetto a

¹ Vedi infra par 2., del presente capitolo.

quello europeo. Vi sono però alcune deroghe riguardo al ruolo dell'Italia: la prima risale al 1973 e si riferisce a un gruppo di quasi mille cileni che chiedono protezione all'Ambasciata italiana di Santiago del Cile; la seconda interessa i cosiddetti “boat people”, circa tremilacinquecento cittadini del Sud-est asiatico, cioè cambogiani, laotiani, e sudvietnamiti, ma anche iracheni, afgani e ghanesi. Successivamente tale tutela si è estesa anche a palestinesi.

È opportuno osservare però che essendo tali eccezioni rimesse all'interesse discrezionale dei diversi governi in carica e svincolate da un quadro normativo definito, le azioni risultano essere incomplete e incoerenti².

Infine per quanto concerne la “riserva temporale”, come già detto in precedenza viene meno con la ratifica del noto Protocollo di New York³.

2. Segue: b) L'attuazione della direttiva “qualifiche”

Il 22 marzo 2014 è entrato in vigore il decreto legislativo n°18 del 21 febbraio 2014, che recepisce la direttiva 2011/95/UE, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta⁴.

È importante sottolineare che la direttiva recepita comporta la rifusione della direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, a cui è stata data attuazione, nell'ordinamento nazionale, con il decreto legislativo 19 novembre 2007, n° 251. Pertanto, in conformità del

2 Cfr. N. PETROVIĆ, *Rifugiati, profughi, sfollati. Breve storia del diritto d'asilo in Italia dalla Costituzione ad oggi*, Milano, 2011, p. 24 e ss.

3 Vedi retro par 4.3, capitolo I.

4 Tratto da <http://www.paesidasilo.it/home-page/il-decreto-legislativo-n-182014-decreto-qualifiche>

principio di cui all'art. 32, comma 1, lettera e) della legge 24 dicembre 2012, n° 234, si procede all'attuazione della direttiva 2011/95/UE, apportando le occorrenti modifiche al citato decreto legislativo n° 251/2007.

Per quanto riguarda le norme sull'attribuzione delle qualifiche, l'obiettivo primario è quello di diminuire il contrasto tra la normativa nazionale e quella europea, elevando ulteriormente il livello delle norme di protezione e in special modo gli standard di assistenza per la protezione internazionale, prevedendo anche un piano strutturato per l'integrazione, di cui tratteremo più avanti. Solo così, si avrà la parificazione tra i beneficiari di protezione sussidiaria e i rifugiati, in particolare per ciò che concerne l'accesso al ricongiungimento familiare, al pubblico impiego e ai servizi per l'alloggio⁵. Sia in base ai motivi, che al contenuto della protezione riconosciuta, si è in linea con gli strumenti internazionali che regolano la materia ed in particolare con la Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶.

Infatti, in sede di attuazione della “direttiva qualifiche”, con il decreto legislativo n° 251/2007, la scelta del legislatore italiano era già orientata nel senso di assicurare un livello uniforme di diritti ai titolari dei due status. Innanzitutto, l'art. 27 del d. lgs. n° 251/2007, in materia di assistenza sanitaria, già prevedeva l'equiparazione di tutti i titolari di protezione internazionale ai cittadini italiani, anche se la direttiva “qualifiche” limitava tale assistenza – per i titolari di protezione sussidiaria – alle prestazioni essenziali. A tal proposito, si può portare l'esempio del documento di viaggio: per i beneficiari di protezione sussidiaria, non si era presa in considerazione la possibilità di

⁵ Per i beneficiari di protezione sussidiaria la durata del permesso di soggiorno è aumentata a cinque anni.

⁶ Tratto da http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0047_F001.pdf&leg=XVII

subordinarla alle ipotesi di gravi ragioni umanitarie, che rendono necessaria la presenza del titolare dello status in un altro Stato. Anche per quanto riguarda l'accesso all'occupazione, non sono state introdotte limitazioni per i titolari di protezione sussidiaria con il d. lgs. n° 251/2007, e la parificazione con i titolari dello status di rifugiato è stata completata – per quanto concerne l'accesso al pubblico impiego – con l'art. 7 della legge n° 97/2013 – c.d. legge europea 2013, che ha modificato, in tal senso, l'art. 38 del d. lgs. n° 165/2001. Come richiesto anche dal criterio di delega di cui alla lettera a) del comma 1 dell'art. 7 della legge n° 96/2013, il livello degli standard di garanzia, già assicurato dalla normativa vigente, rimane inalterato nel presente decreto.

Con riguardo al secondo aspetto, cioè il contenuto della protezione riconosciuta, l'obiettivo è perseguito attraverso un ravvicinamento dei due status riconducibili alla protezione internazionale: quello di rifugiato e quello di beneficiario di protezione sussidiaria. In particolare, con riguardo ai diritti connessi ai due status, per i quali già la “direttiva qualifiche” prevedeva una richiesta indistinta di protezione internazionale, assegnando all'autorità, competente all'esame della domanda, il compito di accordare l'uno o l'altro status sulla base dell'esame dei presupposti della richiesta.

Scendendo nella disamina di merito, possiamo osservare che il provvedimento si compone di quattro articoli. L'art. 1 contiene le disposizioni volte uniformare il decreto legislativo alle nuove o diverse previsioni della direttiva 2011/95/UE, rispetto alla vecchia direttiva “qualifiche”, secondo i criteri indicati dalla delega all'art. 7 della legge n° 96/2013. In particolare, la lettera a) sostituisce il riferimento alle due qualifiche – di rifugiato o di protezione sussidiaria – con il riferimento alla qualifica di “beneficiario di protezione internazionale”, nell'ottica di una tendenziale armonizzazione dei due status. La lettera

b) integra e aggiorna le definizioni contenute nell'art. 2 del d. lgs. n° 251/2007. In primis inserisce la definizione di “beneficiario di protezione internazionale” e aggiorna i riferimenti normativi alle norme che disciplinano le procedure per il riconoscimento dello status; poi introduce la definizione di “richiedente”; in terzo luogo, elimina, dalla definizione di figlio minore, la specificazione che deve trattarsi di minore “a carico” del beneficiario di protezione internazionale; infine, amplia la categoria dei familiari – qualora il beneficiario di protezione sia un minore – al genitore o ad altro adulto, al quale sia stata attribuita la tutela del minore secondo l'ordinamento nazionale. La lettera c) modifica l'art. 3 del d. lgs. n° 251/2007, specificando che, nel valutare l'attendibilità del richiedente, ai fini dell'esame dei fatti e delle circostanze non suffragati da prove, si tenga in considerazione del grado di maturità e di sviluppo personale del minore. La lettera d) modifica l'art. 6 del d. lgs. n° 251/2007, specificando che: quando la protezione nel Paese di origine non è offerta dallo Stato, ma da altri soggetti (partiti o organizzazioni anche internazionali), questi devono avere la volontà e la capacità di offrire tale protezione; e che tale protezione sia effettiva e non temporanea. Abbiamo poi la lettera e), che modifica l'art. 8 del d. lgs. n° 251/2007, specificando che, il nesso causale tra gli atti di persecuzione ed i motivi della persecuzione, necessario ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato, ricorre anche quando sussiste un collegamento tra gli atti di persecuzione e la mancanza di protezione contro tali atti. Le lettere t) e h) modificano gli artt. 9 e 15 del d. lgs. n° 251/2007 escludendo, rispettivamente per il rifugiato e per il titolare di protezione sussidiaria, la cessazione dello status quando, pur essendo venute meno le circostanze che hanno determinato il riconoscimento della protezione, il beneficiario possa invocare motivi imperativi, derivanti da precedenti persecuzioni, che giustificano il rifiuto ad avvalersi della protezione del Paese di cui ha

la cittadinanza, ovvero, per l'apolide, in cui aveva la dimora abituale, e legittimano il permanere della protezione internazionale. Le lettere g) e i) modificano, invece, gli artt. 10 e 16 del del d.lgs. n° 251/2007 – rimasti inalterati nella direttiva – al fine di dare attuazione al criterio di delega di cui alla lettera c) dell'art. 1 della legge n° 96/2013. Questo invita a disciplinare gli istituti del diniego, dell'esclusione e della revoca, in conformità con la Convenzione di Ginevra, anche con riferimento ai beneficiari di protezione sussidiaria. A tal fine, si elimina dalla individuazione delle cause di esclusione dello status di rifugiato, di cui all'art. 10 del d.lgs. n° 251/2007, il riferimento alla commissione di un reato grave, prima del rilascio del permesso di soggiorno in qualità di rifugiato. In tal modo, si chiarisce che, conformemente alla Convenzione di Ginevra, rilevano esclusivamente i reati commessi prima dell'ingresso del richiedente nel territorio nazionale. Le modifiche all'art. 16 del d.lgs. n° 251/2007, sull'esclusione dallo status di protezione sussidiaria, portano a un'uniformazione dei presupposti per il riconoscimento di tale status a quello di rifugiato, sotto il profilo della pericolosità per l'ordine e la sicurezza pubblica che dovrà essere ricondotta – come per i rifugiati ed in conformità alla Convenzione di Ginevra – all'esistenza di una condanna definitiva per un reato grave, individuato tra quelli elencati all'art. 407, comma 2, lettera a) c.p.p. Tale articolo, già richiamato allo stesso fine, nel capo dedicato ai rifugiati, prevede una tipologia di ipotesi delittuose, attinenti ai profili dell'ordine e della sicurezza pubblica, particolarmente gravi. Nonostante le modifiche sopra riportate, si è mantenuto l'impianto sistematico del d. lgs. n° 251/2007, che riporta, sotto la rubrica “esclusione” dalla protezione sussidiaria, anche le ipotesi di pericolosità per la sicurezza nazionale, nonché per l'ordine e la sicurezza pubblica. Tali fattori costituiscono qui, come nella direttiva europea, causa di diniego per i rifugiati; al contrario manca all'interno

della Convenzione di Ginevra la disciplina del diniego e della revoca, nonostante i suddetti fattori siano importanti per l'accertamento della sussistenza dei presupposti dello status di rifugiato e per l'attribuzione della protezione da parte dei singoli Stati. Le ipotesi di pericolosità per la “sicurezza dello Stato” ovvero di “minaccia per la comunità” in conseguenza di una “condanna già passata in giudicato per un crimine o un delitto particolarmente grave” sono piuttosto contemplate dalla Convenzione come eccezioni al principio di non refoulement di cui all'art. 33 della medesima Convenzione. Peraltro, tale principio, in virtù di altri strumenti internazionali – in primis la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – non conosce eccezioni nel nostro ordinamento ed è assicurato, anche nei confronti di persone che sarebbero escluse dallo status di rifugiato o comunque che hanno titolo ad una protezione sussidiaria non contemplata dalla Convenzione di Ginevra o umanitaria. In questo senso, le citate ipotesi di diniego e revoca dello status sono perfettamente coerenti con la predetta Convenzione e rafforzano il rispetto del principio di non refoulement, poiché le relative decisioni sono assunte dall'autorità competente per l'esame della domanda di protezione internazionale – ossia Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e Commissione nazionale per il diritto di asilo – che valutano, in caso di diniego o revoca, anche il rischio collegato ad un eventuale rimpatrio e la conseguente necessità di una protezione umanitaria. La lettera i) modifica l'art. 19 del d. lgs. n° 251/2007, inserendo, le vittime di tratta e le persone con disturbi psichici, tra le categorie vulnerabili, come richiesto dalla direttiva che si recepisce, ed enunciando espressamente che, nell'attuazione delle norme di cui si tratta, va attribuito carattere di priorità al superiore interesse del minore. La lettera m) inserisce nell'art. 20 del d. lgs. n° 251/2007, sulla protezione dall'espulsione, un richiamo esplicito a tutti gli strumenti

internazionali ratificati dall'Italia che concorrono ad assicurare il rispetto del già citato principio di non refoulement. La lettera n) corregge un'incongruenza rilevata nell'art. 22, comma 3, del d. lgs. n° 251/2007. Infatti questo prevede il rilascio di un permesso per motivi familiari – in base all'art. 30 del d. lgs. n° 286/1998 – ai familiari del titolare di protezione sussidiaria che si sul territorio nazionale, senza, tuttavia, avere individualmente diritto allo status; di conseguenza si potrebbe pensare che analogo permesso spetti ai familiari del titolare dello status di rifugiato. La successiva disposizione della medesima lettera n) sostituisce il comma 4 dell'art. 22 del d. lgs. n. 251/2007, ed ha la funzione di garantire ai titolari di protezione sussidiaria, il ricongiungimento familiare alle stesse condizioni dei rifugiati, in conformità al criterio di delega di cui alla lettera b) del comma 1 dell'art. 7 della legge n° 96/2013. Attualmente tale ricongiungimento è subordinato alla dimostrazione dei requisiti previsti per gli altri cittadini stranieri regolarmente soggiornanti. La lettera o) modifica l'art. 23 del d. lgs. n° 251/2007, equiparando la durata del permesso di soggiorno dei titolari di protezione sussidiaria (attualmente tre anni) a quella dei rifugiati (cinque anni). La lettera p) specifica che l'equiparazione dei beneficiari di protezione internazionale ai cittadini italiani, sotto il profilo della formazione professionale, riguarda anche i corsi di aggiornamento, e che tale equiparazione si estende anche alla possibilità di usufruire dei servizi di consulenza dei centri per l'impiego. Il nuovo inciso non costituisce una novità, poiché la legislazione di settore non discrimina tra lavoratori italiani e stranieri e mira soltanto ad uniformare la formulazione letterale del predetto articolo alla “rifusione” dell'art. 26 della direttiva europea. La lettera q) introduce l'obbligo, per le Amministrazioni competenti di: 1) riconoscere qualifiche professionali, diplomi, certificati ed altri titoli professionali conseguiti all'estero; 2) individuare sistemi di

valutazione, convalida e accreditamento adeguati, laddove i beneficiari della protezione internazionale, non possano produrre certificazioni provenienti dal Paese in cui è stato conseguito il titolo. Tali sistemi di valutazione dovranno, in ogni caso, tener conto delle disposizioni comunitarie sul riconoscimento dei titoli conseguiti in uno Stato terzo, ai sensi dell'art. 49 del DPR n° 394/1999 recante il regolamento di attuazione del testo unico in materia di immigrazione che, al comma 2, fa esplicito richiamo alle disposizioni di attuazione di tali norme comunitarie. Il rinvio dell'art. 49 – citato ai decreti legislativi nn° 115/92 e 319/94, oggi abrogati – è da intendersi, infatti, al decreto legislativo n° 206/2007, di attuazione della direttiva 2005/36/CE del 7 settembre 2005 sul riconoscimento delle qualifiche professionali, come stabilito dall'art. 60 del medesimo decreto legislativo n° 206/2007. La lettera r) prevede l'adozione, da parte del Ministero della salute, di linee guida per il trattamento dei disturbi psichici dei beneficiari di protezione internazionale che hanno subito violenze. La lettera s) integra l'art. 28 del d. lgs. n° 251/2007 specificando che, le iniziative per rintracciare i familiari del minore non accompagnato, già previste dal medesimo articolo, sono assunte quanto prima, a seguito del riconoscimento della protezione, ove non siano già state avviate in precedenza, come previsto, peraltro, dal nostro ordinamento per ogni minore non accompagnato anche non richiedente protezione internazionale. Infine, la lettera t) prevede che, nell'attuazione delle misure e dei servizi destinati all'accoglienza dei beneficiari di protezione internazionale, si tenga conto anche delle esigenze di integrazione degli stessi e che sia adottato un Piano nazionale degli interventi e delle misure volte a favorire l'integrazione dei beneficiari di protezione internazionale, con particolare riguardo all'inserimento socio-lavorativo, all'accesso all'assistenza sanitaria e sociale, all'alloggio, alla formazione linguistica e all'istruzione, nonché al

contrasto delle discriminazioni. La norma individua l'organismo adeguato a predisporre il Piano in un Tavolo di coordinamento già operante presso il Ministero dell'interno, e attivato in via permanente, a seguito dell'intesa sancita l'11 luglio 2013 dalla Conferenza unificata, di cui al d. lgs. n° 281/1997, sul “Documento di indirizzo per il passaggio alla gestione ordinaria dei flussi migratori non programmati” che già prevede, tra gli obiettivi da perseguire, azioni finalizzate all'inserimento socio-lavorativo e all'integrazione dei titolari di protezione internazionale. Il Tavolo, e composto da rappresentanti delle amministrazioni statali, regionali e locali e degli enti del privato sociale; nei limiti delle risorse economiche già disponibili a bilancio dello Stato⁷. Più precisamente è formato da rappresentanti del Ministero dell'interno, dell'Ufficio del Ministro dell'integrazione e del Ministero del lavoro e delle politiche sociali oltre che delle Regioni, dell'ANCI e dell'UPI, e sarà integrato, in sede di programmazione delle misure di cui si tratta, da un rappresentante del Ministro delegato alle pari opportunità, un rappresentante dell'UNHCR, della Commissione nazionale per l'asilo e, a seconda delle materie trattate, delle altre Amministrazioni o altri soggetti interessati. La partecipazione alle sedute del Tavolo non comporta la corresponsione di gettoni di presenza o compensi. La disposizione corrisponde al criterio di delega di cui alla lettera d) del comma 1 dell'art. 7 della legge n° 96/2013, che richiede l'introduzione di uno strumento di programmazione. La parificazione tra rifugiati e titolari di protezione sussidiaria rispetto all'accesso ai programmi di integrazione, operata all'art. 34 della direttiva recepita, non richiede ulteriori interventi normativi, atteso che, il sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati – di cui all'art. 1-sexies del d. l. n° 416/1989 convertito, con modificazioni, in legge n° 39/1990 – è già rivolto anche agli stranieri destinatari di altre

⁷ Vedi nota 4.

forme di protezione. Il comma 5 dell'art. 29 del d. lgs. n° 251/2007, come modificato dalla lettera t) del presente decreto, riscrive il vigente comma 3 del medesimo articolo sull'accesso all'alloggio, in modo che sia chiara la parificazione dei beneficiari di protezione internazionale, anche sotto tale profilo, con i cittadini italiani. La riformulazione della disposizione mira ad evitare possibili dubbi nell'interpretazione del richiamo all'art. 40, comma 6, del testo unico in materia di immigrazione di cui al decreto legislativo n° 286/1998, che è semplicemente un richiamo alla parità con i cittadini italiani e non alle condizioni (esercizio di una attività di lavoro) previste dall'art. 40 per l'accesso all'alloggio degli altri cittadini stranieri titolari di un permesso di soggiorno almeno biennale.

L'art. 2 del provvedimento contiene una modifica all'art. 29 del testo unico in materia di immigrazione, che disciplina i ricongiungimenti familiari di coordinamento con l'art. 22, comma 4 del decreto legislativo n° 251/2007 come modificato dalla lettera n) del presente decreto.

L'art. 3 del provvedimento contiene una disposizione di aggiornamento dei riferimenti alla direttiva “qualifiche”, contenuti in ogni altra disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa vigente, alla direttiva che si recepisce con il presente decreto.

Infine, l'art. 4 contiene la clausola di invarianza finanziaria⁸.

3. Segue: c) L'attuazione della direttiva procedure e della direttiva accoglienza

Il 15 settembre 2015 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, il decreto legislativo n° 142 del 18 agosto 2015, che attua: la direttiva

⁸ Vedi nota 6.

2013/33/UE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, e la direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale. I due atti normativi europei fanno parte delle iniziative adottate, in sede europea, a seguito del Consiglio dell'Aja del 2004. Questo apriva una seconda fase nella realizzazione di un sistema comune di asilo, che ha l'obiettivo di armonizzare e ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, nonché di elevare ulteriormente il livello della protezione e di agevolare l'accesso ad essa. La prima fase di avvicinamento ad un sistema comune di asilo, si era avuta, invece, con l'adozione di una serie di strumenti giuridici, tra cui direttive contenenti norme minime in materia di accoglienza dei richiedenti asilo e norme minime per le procedure applicate agli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato.

A livello strutturale, il decreto legislativo è formato da tre Capi.

Il Capo 1 ha lo scopo di stabilire le norme di attuazione della direttiva 2013/33 sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale – come stabilisce l'art. 1, par. 1 – ed è composto da 24 articoli. Il Capo 2 concerne le norme di attuazione della direttiva 2013/32 sulle procedure per il riconoscimento e la revoca dello status di protezione internazionale, consta di soli 3 articoli, come il Capo 3 che si occupa delle disposizioni finali. Partiamo dal Capo I, che all'art. 1, par. 2, definisce l'ambito di applicazione del decreto, destinandolo ai richiedenti protezione internazionale⁹, soggetti al regolamento 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, che manifestino tale volontà. Restano esclusi i destinatari di protezione temporanea. Una

9 Disciplinato dall'art. 2 che si occupa delle “definizioni”, come straniero che ha presentato domanda di protezione internazionale su cui non è stata ancora adottata una decisione definitiva ovvero ha manifestato la volontà di chiedere tale protezione. Testo integrale del decreto reperibile su http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2015-09-15&atto.codiceRedazionale=15G00158&elenco30giorni=false

volta che il richiedente abbia consegnato la domanda di asilo¹⁰ all'ufficio di polizia, questo deve fornire le informazioni necessarie riguardanti le condizioni di accoglienza, consegnandogli un apposito opuscolo ai sensi della all'art. 10 del d. lgs. 28 gennaio 2008, n° 25, e successive modificazioni, scritto nella prima lingua indicata dal richiedente o, in mancanza in una lingua a lui comprensibile, tra quelle elencate l'art. 10, comma 4, del decreto legislativo 25 gennaio 2008, n° 25, e successive modificazioni. Qualora fosse necessario, tali informazioni possono essere rese “con l'ausilio di un interprete o di un mediatore culturale, anche presso i centri di accoglienza, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a quindici giorni dalla presentazione della domanda”, come recita l'art. 3, par. 3 del presente decreto. Nella domanda il richiedente dovrà dichiarare il proprio domicilio o residenza, comunicandoli alla questura. Qualsiasi successivo mutamento del domicilio o residenza, dovrà essere comunicato “dal richiedente alla medesima questura e alla questura competente per il nuovo domicilio o residenza ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno di cui all'articolo 4, comma 1”, secondo quanto dispone l'art. 5, par. 1 del presente decreto. Se la richiesta di asilo ha esito positivo, al richiedente verrà rilasciato un permesso di soggiorno valido nel territorio nazionale, per sei mesi. Tuttavia “la questura può fornire al richiedente un documento di viaggio ai sensi dell'art. 21 della legge 21 novembre 1967, n° 1185, quando sussistano gravi ragioni umanitarie che ne rendono necessaria la presenza in un altro Stato”, a sensi dell'art. 4, par. 5, del presente decreto. Ai sensi dell'art. 22 il permesso di soggiorno per richiesta di asilo di cui all'art. 4 consente di svolgere attività lavorativa, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda, qualora il procedimento di esame della

¹⁰ Si precisa che per domanda di asilo si intende quella la domanda presentata, in base all'art. 10 del d. lgs. 28 gennaio 2008, n° 25, e successive modificazioni, diretta ad ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria. Vedi art. 2, par. 1, lett. c).

domanda non si è concluso ed il ritardo non può essere attribuito al richiedente. Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Durante la valutazione della domanda il richiedente non potrà essere trattenuto, salvo il caso: a) di sospetto che “abbiano commesso commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l’umanità, nel senso degli strumenti internazionali contenenti disposizioni relative a siffatti crimini; o abbiano commesso un crimine grave di diritto comune fuori del paese ospitante prima di essere ammesse come rifugiati; o, infine, che si siano rese colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite”, ai sensi del par. F, art. 1, Convenzione sui rifugiati del 1951; b) per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato, art. 13, par. 1 del d. lgs. 286/1998; c) “in cui costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Nella valutazione della pericolosità si tiene conto di eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del c.p.p., per uno dei delitti indicati dall'art. 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite”; d) “sussiste rischio di fuga del richiedente. La valutazione sulla sussistenza del rischio di fuga è effettuata, caso per caso, quando il richiedente ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione ovvero non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti di cui all'art. 13, commi 5, 5.2 e 13, nonché all'art. 14 del d. lgs. 25 luglio 1998, n° 286” ai sensi dell'art. 6, par. 2 del presente

decreto.

Il provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la sua proroga, è adottato per iscritto, contenente la motivazione e l'indicazione che “il richiedente ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al Tribunale in composizione monocratica competente alla convalida”, secondo il par. 5 dell'art. 6 suddetto. Il provvedimento è comunicato al richiedente nella prima lingua indicata dal richiedente stesso, o in una lingua a lui comprensibile, ai sensi dell'art. 10, comma 4, del d. lgs. 28 gennaio 2008, n° 25, e successive modificazioni. Quando il trattenimento è già in corso al momento della presentazione della domanda, i termini previsti dall'art. 14, comma 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n° 286, si sospendono e il questore trasmette gli atti al tribunale in composizione monocratica per la convalida del trattenimento per un periodo massimo di ulteriori sessanta giorni, per consentire l'espletamento della procedura di esame della domanda.

“Il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono durare per più del tempo strettamente necessario all'esame della domanda ai sensi dell'art. 28-bis, commi 1 e 3, del d. lgs. 28 gennaio 2008, n° 25, e successive modificazioni, come introdotto dal presente decreto, salvo che sussistano ulteriori motivi di trattenimento ai sensi dell'art. 14 del d. lgs. 25 luglio 1998, n° 286. Eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento”, secondo quanto dispone il par. 6, dell'art. 6. A tal proposito sono importanti le condizioni del trattenimento: in particolare questo deve essere fatto nel rispetto della dignità e garantendo la necessaria assistenza, anche se il richiedente è tenuto, all'interno del centro, a rispettare alcune regole. Pertanto vi è un

bilanciamento tra i suoi obblighi e i suoi diritti¹¹, dei quali dovrà essere preventivamente e opportunamente informato in una delle lingue da lui indicate o comunque che gli siano comprensibili, in base all'art. 7.

La valutazione dell'insufficienza dei mezzi di sussistenza è effettuata dalla prefettura – Ufficio territoriale del Governo con riferimento all'importo annuo dell'assegno sociale. Le misure di accoglienza devono essere garantite per la durata del procedimento di esame della domanda da parte della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale; in caso di rigetto, fino alla scadenza del termine per l'impugnazione della decisione. Salvo quanto previsto dall'art. 6, comma 7, in caso di ricorso giurisdizionale proposto ai sensi dell'art. 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n° 25, e successive modificazioni, il ricorrente, privo di mezzi sufficienti, usufruisce delle misure di accoglienza di cui al presente decreto per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale ai sensi dell'art. 19, commi 4 e 5, del d. lgs. 1° settembre 2011, n° 150.

Le condizioni di accoglienza, ai sensi dell'art. 23, possono essere revocate qualora l'interessato non si presenti presso il centro di accoglienza, oppure lo abbandoni per sua volontà, senza preventiva e motivata comunicazione alla prefettura – ufficio territoriale del Governo. Ancora nel caso di presentazione di una domanda reiterata ai sensi dell'art. 29 del d. lgs. 28 gennaio 2008, n° 25, e successive modificazioni; nel caso di accertamento della disponibilità da parte del richiedente di mezzi economici sufficienti; infine, nel caso di violazione grave o ripetuta delle regole delle strutture in cui è accolto,

¹¹ Ad esempio l'art. 10 del decreto, prevede che la permanenza presso il centro non pregiudichi la sua sfera privata, comprese le differenze di genere, ma tenga conto delle esigenze connesse all'età, della tutela della salute fisica e mentale dei richiedenti, l'unità dei nuclei familiari composti da coniugi e da parenti entro il primo grado, l'apprestamento delle misure necessarie per le persone portatrici di particolari esigenze. È anche prevista l'adozione di misure idonee a prevenire ogni forma di violenza e a garantire la sicurezza e la protezione dei richiedenti. È consentita anche l'uscita nelle ore diurne.

da parte del richiedente asilo, compreso il danneggiamento doloso di beni mobili o immobili, ovvero comportamenti gravemente violenti¹².

Il provvedimento di revoca delle misure di accoglienza ha effetto dal momento della sua comunicazione, ai sensi dell'art. 5, comma 2.

Il provvedimento è comunicato altresì al gestore del centro. Avverso il provvedimento di revoca è ammesso ricorso al Tribunale amministrativo regionale competente. L'art. 24 sancisce l'abrogazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14 e 15 del d. lgs. 30 maggio 2005, n° 140¹³.

Attraverso il recepimento delle due direttive UE, l'Italia dà piena attuazione al Sistema Comune di Asilo Europeo, che mira a definire norme comuni necessarie per una procedura comune di asilo e uno status uniforme. Il d. lgs. n° 142 è entrato in vigore il 30 settembre 2015¹⁴.

4. Le fonti proprie dell'ordinamento nazionale sul diritto di asilo dalla Costituzione italiana fino ai giorni nostri

Il diritto di asilo, oltre a essere disciplinato da fonti internazionali, trova riscontro anche nelle fonti nazionali. La prima fonte nazionale

12 “Nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera a), il gestore del centro è tenuto a comunicare, immediatamente, alla prefettura - ufficio territoriale del Governo la mancata presentazione o l'abbandono della struttura da parte del richiedente. Se il richiedente asilo è rintracciato o si presenta volontariamente alle Forze dell'ordine o al centro di assegnazione, il prefetto territorialmente competente dispone, con provvedimento motivato, sulla base degli elementi addotti dal richiedente, l'eventuale ripristino delle misure di accoglienza. Il ripristino è disposto soltanto se la mancata presentazione o l'abbandono sono stati causati da forza maggiore o caso fortuito o comunque da gravi motivi personali”. “Nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera e), il gestore del centro trasmette alla prefettura - ufficio territoriale del Governo una relazione sui fatti che possono dare luogo all'eventuale revoca, entro tre giorni dal loro verificarsi”. Art. 23, parr. 3 e 4 del decreto.

13 Per l'analisi del Capo II e Capo III, si veda http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2015-09-15&atto.codiceRedazionale=15G00158&elenco30giorni=false

14 Tratto da <http://www.programmaintegra.it/wp/2015/09/protezione-internazionale-recepita-direttive-europee-su-accoglienza-e-riconoscimento-dello-status/>

che lo tratta è la Costituzione italiana del 1948. Il suo art. 10, comma 3 recita: “lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese di origine l'esercizio effettivo delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana¹⁵, ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge”¹⁶. Ciò significa che, la mera negazione dei diritti di libertà viene considerata una condizione sufficiente alla protezione. Si precisa che anche se i diritti di libertà reclamati dal richiedente asilo sono previsti dalla Costituzione del Paese di provenienza, se ne deve comunque verificare l'effettività dell'esercizio. Per quanto concerne la riserva di legge, si tratta senz'altro di una riserva di legge assoluta, cioè non vi è spazio per la disciplina da parte di una normativa secondaria¹⁷. È da notare che l'articolo in esame ha portato a vari scontri interpretativi, non essendo tuttora prevista una legge specifica che disciplini in maniera organica gli strumenti utili per ottenere asilo in Italia¹⁸.

Quanto alla natura giuridica della norma, si può discutere se sia precettiva o programmatica; in merito diverse sono le teorie giurisprudenziali. La prima sostiene che la norma in esame abbia valenza programmatica e non efficacia immediata. Pertanto il contenuto dell'articolo non è vincolante, anche se contiene principi, e la Convenzione di Ginevra è il documento che li attua. La seconda

15 In merito alle libertà democratiche è opportuno precisare che, ai fini del riconoscimento del diritto di asilo, rileva l'impedimento dell'esercizio anche di una sola di esse, ai fini. Tali libertà ricomprendono sia quelle dei “rapporti civili” della Costituzione, come ad esempio la libertà di manifestazione del pensiero, art. 21; sia quelle relative ai “rapporti economici” come ad esempio il diritto di sciopero, il cui esercizio viene impedito da un dirigente sindacale.

16 In seno all'Assemblea costituente, alcuni avevano preso una diversa posizione: volevano limitare la titolarità del diritto di asilo ai soli stranieri “perseguitati a causa della loro azione a favore della libertà”. Tale proposta era stata ripresa dalla Costituzione francese del 27 ottobre 1946, sulla quale, infatti, si basava la nostra.

17 M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007, p. 135, 136.

18 Cfr. E. BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Milano, 2010, p. 226

teoria ritiene la norma direttamente applicabile, indipendentemente da leggi ordinarie che ne stabiliscano le condizioni di esercizio. In tal senso si è espressa la Corte di Cassazione¹⁹ riconoscendo un diritto soggettivo perfetto²⁰, che è direttamente invocabile e che garantisce al soggetto la possibilità di entrare e soggiornare nel territorio dello Stato, allo scopo di presentare domanda di asilo alle autorità italiane. Da qui si giunge a due punti fermi. In primis, il diritto di asilo costituzionalmente garantito, prevale sulle norme concernenti la condizione giuridica “ordinaria” dello straniero prevista dalla legge a cui rinvia l'art. 10, comma 2 della Costituzione. Inoltre, mentre l'immigrazione in generale è basata sul mero interesse all'ingresso ed al soggiorno, la tutela del diritto di asilo prevale sul potere di estradizione dello Stato e di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato²¹, nonché sulle restanti norme del diritto degli stranieri. Ecco che si può affermare che allo straniero titolare del diritto di asilo è offerta una tutela maggiore, rispetto a quella degli altri stranieri, posto che per il primo non vi è subordinazione alla condizione di reciprocità per l'accesso ai servizi e alle professioni. In secondo luogo, il concetto di straniero titolare del diritto di asilo previsto dalla Costituzione, non fa riferimento soltanto alle persone perseguitate, come, invece, prevede la Convenzione di Ginevra del 1951. Infatti, nell'ordinamento italiano, lo straniero si avvale del diritto di asilo, quando gli sia impedito fruire delle libertà democratiche, indipendentemente da una persecuzione individuale²².

Abbiamo poi una terza teoria secondo cui il diritto di asilo è un diritto strumentale rispetto all'asilo concesso al rifugiato. A tal proposito

19 Sezioni Unite, sentenza 4674/1997.

20 Cfr. E. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 227, 228.

21 Il diritto di asilo “congela” il potere di espulsione dello Stato, salvo il caso di uno straniero condannato per aver commesso delitto o per motivi di ordine pubblico, come prevede l'art. 10, comma 4 della Costituzione.

22 Cfr. N. PETROVIĆ, *op. cit.*, pp. 19-22.

l'asilo non viene inteso come diritto all'ingresso e alla permanenza dello straniero che necessita protezione, bensì come diritto di accedere e rimanere temporaneamente sul territorio dello Stato, per tutto il tempo necessario alla conclusione dell'iter di riconoscimento dello status di rifugiato²³. Si può concludere quindi che la definizione italiana è più ampia, di quella internazionale della Convenzione sui rifugiati; arriva ad abbracciare le ipotesi di «stranieri che fuggono dal proprio Paese per salvare la propria vita, per tutelare la propria sicurezza o incolumità dal pericolo grave ed attuale derivante da situazioni di guerra, conflitti civili, disordini gravi e generalizzati»²⁴. A tal proposito viene in evidenza la distinzione tra rifugiato e richiedente asilo. A livello di presupposti, il primo deve avere un fondato timore di persecuzione; il secondo deve essere impossibilitato a esercitare le libertà democratiche, sancite dalla stessa carta costituzionale. Per il primo deve inoltre essere accertato che, la persecuzione, in atto o temuta, sia personale e diretta. Mentre per il riconoscimento del diritto di asilo, è necessario verificare l'impossibilità effettiva di usufruire delle libertà costituzionalmente riconosciute. Quindi solo per il rifugiato, che si richiede la sussistenza di fondati motivi di ritenere che il cittadino subirebbe una persecuzione, nel proprio Paese di origine. In quest'ottica per il riconoscimento del diritto di asilo è sufficiente l'oggettiva mancanza di libertà democratiche nel Paese di provenienza²⁵. Oltre alla precettività e alla sua, conseguente, applicabilità immediata e diretta, abbiamo un terzo elemento: il fatto che sia perfetto significa che, il suo fondamento necessario e sufficiente e la sua causa di giustificazione risiedono nella Costituzione stessa, adeguata a introdurlo nell'ordinamento italiano. Questi tre elementi ci inducono a capire che il giudice si trova a dover applicare

23 Cfr. E. BENDETTI, *op. cit.*, pp. 227, 228.

24 N. PETROVIĆ, *op. cit.*, p.22.

25 Cfr. CONSORZIO ITALIANO SOLIDARIETÀ, *La protezione negata. Primo rapporto sul diritto di asilo in Italia*, Feltrinelli, 2005, pp. 33,34.

la Costituzione. La pronuncia che emanerà il giudice sarà di carattere dichiarativo e non costitutivo, proprio in virtù del fatto che il diritto di asilo potrà essere invocato davanti al giudice ordinario²⁶.

Con riguardo alla sfera di applicazione di tale articolo si è posto il problema se essa possa riguardare anche gli apolidi, sia originari che sopravvenuti. Sulla base di una interpretazione letterale e sistematica, confermata anche dalla giurisprudenza, «è sufficiente il diniego di fatto delle libertà democratiche, per l'attribuzione del diritto soggettivo all'ammissione»²⁷, indipendentemente dal tipo di qualifica giuridica attribuita dallo Stato estero all'individuo. Non rileva, cioè, che il soggetto interessato abbia subito la negazione delle libertà costituzionalmente riconosciute, dallo Stato di cui è cittadino, o nel caso in cui non abbia alcuna cittadinanza, abbia lo status di residente o domiciliato. L'elemento importante è l'impedimento effettivo dei diritti, a prescindere da un legame con lo Stato²⁸.

Veniamo adesso a esaminare i provvedimenti normativi sul diritto di asilo che si sono succeduti a partire dagli anni '90. Partiamo dal decreto legge n° 416/1989 convertito in legge Martelli, emanata a seguito dei notevoli e sempre più crescenti domande di asilo. Essa stabilisce le “norme urgenti in materia di asilo politico, ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e apolidi già presenti nel territorio dello Stato”²⁹. Il decreto infatti autorizza il governo a rivedere la procedura d'asilo e il sistema di assistenza materiale in favore dei richiedenti asilo tramite ulteriori decreti da emanare entro 60 giorni dallo stesso, allo scopo di giungere a una tanto auspicata disciplina

26 Cfr. M. BENVENUTI, *op. cit.*, pp. 38, 42.

27 A. M. CALAMIA, *Ammissione e allontanamento degli stranieri*, Giuffrè, Milano, 1980.

28 Cfr. A. M. CALAMIA, *op. cit.*, pp. 201-204.

29 In particolare tra il 1952 e il 1989 vengono presentate in Italia 188.188 domande d'asilo. La stragrande maggioranza di questi, proveniva dall'est Europa, e rientrava così nella riserva geografica. Mentre, dagli anni '70, si registrò un aumento dei rifugiati extraeuropei, provenienti dal Medio oriente e dal sud America, che venivano riconosciuti rifugiati in deroga alla riserva geografica.

organica della materia.

L'art 1 della legge Martelli introduce la disciplina della procedura di asilo e può essere suddiviso in due parti. La prima parte riguarda gli aspetti relativi all'accesso del richiedente asilo sul territorio italiano, e si colloca al comma 4. Mentre la seconda parte riguarda le modalità di presentazione della domanda di asilo. La procedura si svolge davanti alla Commissione centrale per il riconoscimento dello status di rifugiato³⁰, divenuta operativa nel marzo 1991, con conseguente venir meno della Commissione paritetica di eleggibilità. L'art. 1, comma 1 provvede invece al recepimento dell'abrogazione relativa alla riserva geografica: cioè, da tale momento, lo status di rifugiato può essere concesso anche a persone appartenenti a Stati non europei, che ne facciano richiesta. Importante è, poi, l'aspetto riguardante diritti civili e sociali: in base alla legge in questione, il rifugiato può fruire dei diritti riconosciuti agli immigrati regolari, ma anche dei diritti riguardanti i rapporti civili, di lavoro e di assistenza sociale. In tal modo il rifugiato è posto sullo stesso piano di un cittadino italiano. Per quanto concerne la durata della procedura, il richiedente deve ricevere tutte le garanzie minime di tutela e assistenza³¹. A tal proposito l'art. 1, comma 7, prevede che i richiedenti asilo “privi di mezzi di sussistenza o di ospitalità in Italia” abbiano un contributo di prima assistenza, erogato dalle Prefetture, anche se di fatto si è rivelato insufficiente³².

Otto anni dopo il Parlamento decise di stralciare la normativa in materia di asilo, nell'ottica dell'adozione di una successiva e rapida approvazione di una legge *ad hoc*. Legge che fu approvata dal

30 Essa è presieduta da un prefetto ed è composta da un funzionario della Presidenza del Consiglio dei Ministri, uno del Ministero degli Affari Esteri e due del Ministero dell'Interno. Alle riunioni della Commissione partecipa anche , con ruolo consultivo, un rappresentante dell'ACNUR.

31 Cfr. N. PETROVIĆ, *op. cit.*, pp.32-35.

32 Il contributo, infatti, veniva erogato per un periodo massimo di 45 giorni, a fronte di tempi di attesa, per l'eventuale qualificazione come rifugiato, che sfioravano i 24 mesi.

Parlamento solo nel 2002: la c.d. legge Bossi-Fini, n° 189/2002. Il suo regolamento di attuazione è stato pubblicato solo nel dicembre 2004 ed è effettivamente applicabile a partire dal 21 aprile 2005. Le novità introdotte, si possono riassumere in quattro punti principali: a) l'istituzione dei centri di identificazione, dove vengono trattenuti quasi tutti i richiedenti asilo in attesa che venga esaminata la loro domanda; b) la doppia procedura d'asilo: 1) semplificata per i richiedenti asilo durante la loro permanenza al centro di identificazione, 2) ordinaria per i richiedenti asilo che non vi si trovano; c) l'istituzione di sette Commissioni territoriali per il riconoscimento dello status di rifugiato³³; d) la mancanza di un ricorso sospensivo contro il diniego di riconoscimento dello status di rifugiato. Altri aspetti innovativi riguardano l'istituzione di un Sistema nazionale di protezione per richiedenti asilo e rifugiati, e di un Fondo nazionale sulle politiche dell'asilo³⁴. Nonostante questi interventi normativi il quadro legislativo risulta disorganico e poco chiaro.

Dopo questi brevi cenni sulla precedente disciplina, è giunto il momento di concentrarci sulla disciplina attuale prevista dal d. l. 119 del 22 agosto 2014 – convertito in legge n° 146/2014 – che ha modificato il d. lgs. 25/2008.

In primis dobbiamo chiarire chi sia il legittimato a presentare la domanda di riconoscimento di protezione internazionale, ossia lo straniero che fugge da persecuzioni, torture o dalla guerra, anche qualora abbia fatto ingresso in Italia in modo irregolare ed è privo di documenti. Il richiedente che presenta domanda dovrà motivare le circostanze di persecuzione o danno grave che lo hanno costretto alla fuga³⁵, e depositarla presso la Polizia di frontiera o la Questura, che

³³ In particolare si trovano a Gorizia, Milano, Roma, Foggia, Siracusa, Crotone, Trapani.

³⁴ Per un approfondimento del tema si veda CONSORZIO ITALIANO DI SOLIDARIETÀ, *op. cit.*, Capitolo V e Capitolo VI.

³⁵ Gli agenti di questa persecuzione o danno grave possono essere lo Stato, partiti o

non necessariamente deve essere quella di frontiera, ma può essere quella nella quale il richiedente intende avere domicilio.

La Questura rilascia un documento che certifica la richiesta e la data dell'appuntamento per la verbalizzazione.

La domanda sarà verbalizzata dai funzionari di polizia utilizzando un modello, detto C3, contenente i dati anagrafici e le motivazioni che hanno spinto il richiedente ad allontanarsi dal proprio paese e chiedere protezione. Il richiedente, al momento della richiesta di asilo, può consegnare agli atti una memoria scritta, nella propria lingua e/o con una traduzione, rivolgendosi al Comune o a un'associazione che si occupi di tutela del diritto di asilo. Ad essa devono essere allegati documenti che comprovino quanto dichiarato, se disponibili: articoli di giornale, foto, documenti ufficiali quali denunce o referti medici. Tuttavia se mancano le prove, la domanda non può essere respinta dalla Questura, perché, comunque, tale mancanza non costituisce motivo di esclusione dall'accesso alla procedura.

Se lo straniero è in possesso di passaporto dovrà consegnarlo alla Polizia, con quattro foto, il domicilio eletto³⁶ e sarà sottoposto a rilievi fotodattiloscopici.

Al contrario, se il richiedente non possiede il passaporto, perché era pericoloso per lui rivolgersi al proprio governo – come spesso accade tra i richiedenti asilo – potrà produrre, al momento della domanda, un certificato anagrafico, la carta d'identità del proprio paese, che, pur non potendo, per legge, sostituire il passaporto, fa parte dei documenti anagrafici utili per accertare l'identità.

Al momento della domanda è consigliabile fare richiesta di essere ascoltati personalmente dalla Commissione territoriale per il

organizzazioni che controllano lo Stato o una parte del suo territorio o soggetti non statuali qualora lo Stato, o chi lo controlla, non vogliano fornire protezione alla vittima di persecuzione o danno grave.

³⁶ Il richiedente dovrà consegnare quindi la dichiarazione di ospitalità e relativi documenti, contratto d'affitto o rogito e documento d'identità dell'ospitante.

riconoscimento della protezione internazionale competente – presso la quale avrà l'obbligo di presentarsi, una volta convocato. Al momento della domanda, il richiedente eleggerà un domicilio presso il quale saranno inviate tutte le comunicazioni o gli appuntamenti, pertanto è opportuno che sia aggiornato o che chi vi abita trasmetta tempestivamente le comunicazioni. Nei giorni immediatamente successivi alla domanda, la Questura dovrebbe rilasciare un attestato nominativo – in attesa del permesso di soggiorno per richiesta asilo, che viene rilasciato solitamente entro 30 giorni.

In particolare il rilascio del permesso per richiesta asilo avviene qualora la Questura, dopo avere effettuato accertamenti, abbia verificato che l'Italia è il paese competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale e che non sussistono gli estremi per un trattenimento nei CIE o per l'accoglienza nei CARA. Il Prefetto stabilisce un luogo di residenza o un'area geografica dove i richiedenti possono muoversi.

È comunque possibile, in ogni fase che precede l'audizione e, in linea teorica, anche dopo l'audizione prima che sia stata presa la decisione, presentare documenti aggiuntivi come memorie integrative, o prove di quanto raccontato, delle quali si sia entrati in possesso dopo la prima verbalizzazione. Ad esempio, nel caso di persone vittime di tortura, un'importante documentazione che può essere fornita è quella medica, che dia un riscontro effettivo delle violenze subite, meglio se realizzata da personale medico specializzato, in base ai parametri del Protocollo di Istanbul, finalmente tradotto anche in lingua italiana.

Dai soggetti legittimati alla protezione si distinguono quelli non legittimati, cioè coloro che: 1) abbiano commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità; 2) abbiano commesso un crimine grave di diritto comune al di fuori del paese di accoglimento e prima di esservi ammesso in qualità di rifugiato; 3) si

siano reso colpevole di azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite³⁷.

Si tratta di ipotesi di inammissibilità relativa alla procedura rispetto ai reati e crimini gravi, di cui non si occuperà la Questura che riceve la domanda, bensì la Commissione territoriale competente.

Sono necessarie alcune precisazioni. In primo luogo, qualora lo straniero sia considerato un pericolo per la sicurezza e l'ordine dello Stato la sua domanda non sarà riconosciuta, ma dovrà comunque essere esaminata. In secondo luogo, la domanda presentata dallo straniero che sia già stato riconosciuto rifugiato in un altro paese firmatario della Convenzione di Ginevra e possa avvalersi di tale protezione o abbia reiterato la medesima domanda dopo aver ottenuto un diniego, sarà dichiarata inammissibile dalla Commissione territoriale competente, anche se dovrà comunque essere ricevuta dalla Questura. Ai sensi dell'art. 28 bis, nel caso di domanda reiterata; nel caso di palese insussistenza dei presupposti previsti dal decreto sulle qualifiche; o quando risulta che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento, la domanda verrà rigettata per manifesta infondatezza.

Scompare, di fatto, la discrezionalità che prima era in capo alle Questure, sulla ricevibilità della domanda.

Dopo le ipotesi di inammissibilità e di manifesta infondatezza analizziamo l'ipotesi di esito positivo della domanda di asilo.

Possiamo osservare che la decisione di merito spetta alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale³⁸, ai

37 La precedente normativa precludeva l'accesso alla procedura a chi era stato condannato per i reati previsti dall'art. 380, comma 1 e 2 del Codice di Procedura Penale. La suddetta causa ostativa non è più in vigore.

38 Le Commissioni attualmente sono dieci, portate a venti con il Decreto Legge n° 119 del 22 agosto 2014 GORIZIA: competenza sulle domande presentate nelle regioni Friuli-Venezia Giulia, Veneto, Trentino Alto Adige. MILANO: competenza sulle domande presentate nella regione Lombardia. ROMA: competenza sulle

sensi dell'art. 2, par. 1. La Commissione competente è quella del luogo nel quale la domanda è stata presentata, salvo il caso in cui sia disposto il trattenimento o l'accoglienza nei CARA, per il quale è competente la Commissione in cui si trova il centro. La Commissione potrà procedere all'audizione del richiedente, non è obbligatoria, ma il richiedente ha l'obbligo di presentarsi se convocato. Infatti, la Commissione territoriale può decidere anche senza intervistare la persona, qualora ritenga di avere elementi sufficienti per concedere la protezione internazionale.

La Commissione comunica alla Questura la data dell'audizione e questa poi provvederà a comunicarla al richiedente presso il domicilio indicato sul permesso di soggiorno o presso il centro dove è trattenuto/accolto. Si precisa che è importante, e obbligatorio, aggiornare il domicilio al momento del rinnovo del permesso.

Qualora il richiedente non si presenti senza aver richiesto il rinvio, la domanda sarà esaminata in base alla documentazione inviata.

In seguito all'audizione, la Commissione Territoriale può: 1) riconoscere una forma di protezione internazionale, asilo politico o protezione sussidiaria, 2) non riconoscere alcuna forma di protezione, 3) rigettare la domanda per manifesta infondatezza, 4) valutare la domanda inammissibile, qualora sia già stata esaminata da un altro paese europeo oppure, 5) per motivi non riconducibili alla sicurezza della persona ma per gravi motivi umanitari, può chiedere alla Questura il rilascio di un permesso per protezione umanitaria.

domande presentate nelle regioni (*) Lazio, Sardegna e Umbria. FOGGIA: competenza sulle domande presentate nelle province di Foggia e Barletta-Andria-Trani. SIRACUSA: competenza sulle domande presentate nelle province di Siracusa, Ragusa, Caltanissetta, Catania. CROTONE: competenza sulle domande presentate nelle regioni Calabria e Basilicata. TRAPANI: competenza sulle domande presentate nelle province di Agrigento, Trapani, Palermo, Messina, Enna. BARI: competenza sulle domande presentate nelle province di Bari, Brindisi, Lecce e Taranto. CASERTA: competenza sulle domande presentate nelle regioni Campania, Molise, Abruzzo e Marche(*). TORINO: competenza sulle domande presentate nelle regioni Valle d'Aosta, Piemonte, Liguria, Emilia Romagna, Toscana. (*) La competenza su Abruzzo e Marche è stata attribuita alla C.T. di Roma fino al 31.12.2013.

Analizziamo la prima ipotesi. In merito, la normativa provvede a precisare i presupposti per il riconoscimento degli status: per il rifugiato, gli atti di persecuzione e motivi di persecuzione per lo status di rifugiato; per il beneficiario di protezione sussidiaria, il danno grave. Entrambe le forme di protezione, a differenza di quanto accadeva con le precedenti disposizioni, sono degli status, quindi la loro revoca può essere disposta solo dopo l'accertamento della situazione individuale e con una procedura specifica.

In questa sede ci occuperemo dello status di rifugiato. Esso viene riconosciuto in presenza di atti di persecuzione per determinati motivi.

Gli atti di persecuzione come stabilito dalla Convenzione di Ginevra, devono alternativamente: a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa; b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona una violazione grave dei diritti umani fondamentali.

Gli atti di persecuzione si possono manifestare sotto varie forme: a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; b) provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; c) azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie; d) rifiuto di accesso ai mezzi di tutela giuridici e conseguente sanzione sproporzionata o discriminatoria; e) azioni giudiziarie o sanzioni penali in conseguenza del rifiuto di prestare servizio militare in un conflitto, quando questo potrebbe comportare la commissione di crimini, reati o atti considerati crimini di guerra o contro l'umanità; f) atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia.

Quanto ai motivi di persecuzione, questi devono essere riconducibili ai motivi di: razza, religione, nazionalità, particolare gruppo sociale,

opinione politica.

Nell'esaminare se un richiedente abbia un timore fondato di essere perseguitato, è irrilevante che il richiedente possieda effettivamente le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione; ciò che conta è che una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni.

Per quanto concerne le modalità e le tempistiche dell'esame della domanda, si specifica che la convocazione del richiedente dovrebbe avvenire entro 30 giorni dalla richiesta e la decisione dovrebbe essere presa nei tre giorni successivi. Nel caso in cui la domanda risulti palesemente fondata, o nel caso in cui la domanda sia presentata da una persona che rientra tra le categorie vulnerabili, o da un richiedente trattenuto, la domanda è esaminata in via prioritaria.

Concentriamoci adesso sugli effetti del riconoscimento dello status di rifugiato. Una volta che lo questo venga ottenuto, al richiedente viene rilasciato un permesso di soggiorno per asilo politico della durata di 5 anni; un titolo di viaggio per rifugiati per potersi recare all'estero; un tesserino di rifugiato che consente ulteriori rinnovi e pratiche. Inoltre può: fare richiesta di cittadinanza per naturalizzazione dopo soli 5 anni; chiedere il ricongiungimento con la propria famiglia, o effettuare una coesione, in base ai requisiti previsti dalla legge (art. 29 bis d. lgs. 286/98), ma senza dimostrare alloggio e reddito, e con facilitazioni per quanto riguarda i documenti attestanti il legame familiare. Infine, avrà accesso all'occupazione; accesso all'istruzione; assistenza sanitaria e sociale³⁹ a parità coi cittadini italiani.

Dopo la presentazione della domanda vi sono varie possibilità. La prima riguarda l'accoglienza nei CARA. In seguito alla presentazione della domanda di asilo, la Questura ha facoltà di decidere in merito

³⁹ Ad esempio invalidità civile, assegno di accompagnamento, assegno di maternità.

all'accoglienza o al trattenimento del richiedente. Infatti, il trattenimento nei Centri di identificazione⁴⁰ e la procedura semplificata non sono più previsti dall'ordinamento, che ora parla di accoglienza nei CARA. Questi ultimi svolgono varie funzioni. Si occupano di verificare o determinare la sua nazionalità o identità, qualora il richiedente non sia in possesso dei documenti di viaggio o di identità, oppure nel caso in cui abbia, al suo arrivo nello Stato, presentato documenti risultati falsi; in tal caso la permanenza nei centri è limitata al tempo necessario per compiere gli accertamenti e comunque non può superare i 20 giorni. In secondo luogo, nel caso in cui, trattengono il richiedente che abbia presentato la domanda dopo essere stato fermato per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo; anche in questo caso, il trattenimento si limita al solo tempo necessario all'esame della domanda e comunque per un tempo non superiore a 35 giorni. In terzo luogo, i CARA intervengono quando il richiedente ha presentato la domanda dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare. Come nel caso precedente l'accoglienza è disposta per il tempo necessario all'esame della domanda e comunque per un tempo non superiore a 35 giorni.

In queste tre ipotesi, qualora il richiedente sia accolto in un CARA, gli sarà rilasciato non il permesso di soggiorno, bensì un attestato nominativo. In seguito, allo scadere del periodo di accoglienza al richiedente è rilasciato un permesso per richiesta asilo della durata di

⁴⁰ Il trattenimento nei CIE, era previsto qualora il richiedente: a) fosse destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento; b) avesse commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità; c) avesse commesso un crimine grave di diritto comune fuori del paese ospitante prima di essere ammesse come rifugiati; d) si fosse reso colpevole di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite; e) fosse stato condannato in Italia per uno dei delitti indicati dall'art. 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Nel caso in cui il richiedente fosse inviato a un CIE gli veniva rilasciato non il permesso di soggiorno, ma un attestato nominativo.

tre mesi.

Al contrario, qualora il trattenimento non venga disposto, dopo le verifiche in merito allo Stato competente per l'esame della domanda ai sensi del Regolamento del Consiglio 343/2003 – sostituito dal Regolamento 604/2013 – effettuate con il confronto delle impronte digitali attraverso il sistema EURODAC⁴¹, il richiedente riceverà un attestato nominativo e poi il permesso di soggiorno per richiesta di asilo della durata di tre mesi e rinnovabile fino al termine della procedura. Con questo permesso potrà chiedere l'attribuzione del codice fiscale e dovrà effettuare l'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale. Il richiedente avrà diritto alle prestazioni sanitarie in esenzione alla compartecipazione alla spesa, tuttavia non potrà svolgere attività lavorativa. Per ovviare a questo inconveniente, se dopo sei mesi dal rilascio del primo permesso, la procedura non si è ancora conclusa, dovrà essere rilasciato un permesso della durata di sei mesi, che gli consentirà di svolgere attività lavorativa. Tale permesso di soggiorno riporta la dicitura "attività lavorativa".

Il richiedente potrà circolare nel luogo stabilito dal Prefetto.

La terza possibilità, è residuale e riguarda le persone che non rientrano nei casi di accoglienza nei CARA o di trattenimento: è l'accoglienza nel Sistema di Protezione. Infatti, il Decreto n. 140 del 30 maggio 2005 obbliga i paesi all'accoglienza dei richiedenti che si siano recati in Questura per la presentazione della domanda entro 8 giorni dall'ingresso. Il richiedente asilo deve fare richiesta di accoglienza al momento della presentazione della domanda, dichiarando di non essere in possesso di mezzi di sostentamento propri.

41 Vedi nota 127, Capitolo I.

Colui che abbia diritto all'accoglienza nello SPRAR, ma non venga accolto nel sistema di protezione, potrà chiedere un contributo economico dallo Stato, facendo richiesta scritta all'Ufficio Stranieri della Questura che la inoltra alla Prefettura della provincia in cui vive.

Infine, per completezza è opportuno fare riferimento ai c.d. "Casi Dublino". Qualora il richiedente rientri nei casi previsti dal Regolamento 343/2003 gli sarà rilasciato un permesso 'Convenzione Dublino', della durata di un mese, rinnovabile fino a che la procedura di accertamento e l'eventuale trasferimento non saranno completati.

Dopo aver esaminato la procedura ordinaria, è doveroso approfondire le "fasi eventuali", tra le quali si può annoverare, in primo luogo il riesame. Infatti, in caso di esito negativo, è possibile presentare tale richiesta, purché ricorrano elementi nuovi o documenti prima non reperibili. Sebbene la normativa lo preveda esplicitamente solo per chi sia trattenuto, è possibile comunque inviare richiesta di riesame alla Commissione che ha esaminato la domanda, qualora si ritenga che elementi importanti non siano stati esaminati o siano sopraggiunti in seguito. È necessario comunque fare ricorso per poter permanere in Italia.

Altra fase eventuale è quella del ricorso, che costituisce un vero e proprio mezzo di impugnazione e può essere presentato presso il Tribunale ordinario, ai sensi dell'art. 35. Il Tribunale competente è quello che ha sede nel capoluogo del distretto della Corte d'appello in cui ha sede la Commissione Territoriale.

Il ricorso sospende l'espulsione, ma le recenti modifiche normative prevedono numerose eccezioni: per chi ha avuto il diniego in seguito all'audizione alla quale non si era presentato; per il richiedente la cui domanda è stata rigettata per manifesta infondatezza; per chi è stato inviato ai CARA perché irregolarmente presente sul territorio dello Stato.

Il ricorrente può chiedere al Tribunale, contestualmente al deposito del ricorso, la sospensione del provvedimento per gravi e fondati motivi.

I termini per il ricorso previsti dalla legge sono di 30 giorni. In seguito al ricorso la legge dispone che sia rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo.

Per i richiedenti trattenuti in CIE o nei CARA i tempi per il ricorso sono fissati in 15 giorni.

Il ricorrente ha diritto, se sussistono i requisiti di reddito, al gratuito patrocinio a spese dello stato. Il reddito può essere auto-certificato, senza ricorrere alla documentazione che di norma deve essere richiesta all'ambasciata del paese di origine. Il ricorso può essere fatto anche in caso di provvedimento di revoca o cessazione dello status.

Veniamo adesso a esaminare la revoca e cessazione dello status.

La decisione in merito alle procedure di revoca e cessazione degli status è attribuita alla Commissione nazionale con sede a Roma.

Partendo dallo status di rifugiato, la sua cessazione può essere disposta se lo straniero: si sia volontariamente avvalso di nuovo della protezione del Paese di cui ha la cittadinanza; avendo perso la cittadinanza, l'abbia volontariamente riacquistata; abbia acquistato la cittadinanza italiana ovvero altra cittadinanza e goda della protezione del Paese di cui ha acquistato la cittadinanza; si sia volontariamente ristabilito nel Paese che ha lasciato o in cui non ha fatto ritorno per timore di essere perseguitato; non possa più rinunciare alla protezione del Paese di cui ha la cittadinanza, perché sono venute meno le circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello status di rifugiato; se trattasi di un apolide, sia in grado di tornare nel Paese nel quale aveva la dimora abituale, perché sono venute meno le circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello status di rifugiato.

Negli ultimi due casi, il cambiamento delle circostanze deve avere una

natura non temporanea e tale da eliminare il fondato timore di persecuzioni e non devono sussistere gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine.

La revoca dello status di rifugiato può essere disposta, invece, su base individuale, qualora, successivamente al riconoscimento dello status di rifugiato, è accertato che: sussistono le condizioni per il diniego dello status sulla base dei presupposti o sulla base della pericolosità per la sicurezza dello Stato; il riconoscimento dello status di rifugiato è stato determinato, in modo esclusivo, da fatti presentati in modo erroneo o dalla loro omissione, o dal ricorso ad una falsa documentazione dei medesimi fatti.

In tutti questi casi l'interessato deve essere informato della procedura in corso e deve avere la possibilità di essere ascoltato in un colloquio personale⁴².

42 Tratto da <http://www.meltingpot.org/La-procedura-per-il-riconoscimento-della-protezione.html#.Vg2Zcuztmko>

CAPITOLO III: LA PRASSI APPLICATIVA

1. Le sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani

Nel preambolo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹ si sottolinea che le libertà fondamentali² rappresentano le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si basa principalmente, da una parte, su un regime politico veramente democratico, e, dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei Diritti dell'uomo a cui essi si appellano. Essendo difficile presentare la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti umani, ritengo opportuno segnalare alcuni dei casi principali da cui si possa ricavare l'impianto interpretativo della Corte con riferimento alle tematiche di immigrazione ed asilo³.

1.1 Il caso M.S.S contra Belgique et Greece: un'ipotesi di trattamenti inumani e degradanti nei centri di accoglienza

Il ricorrente, un cittadino afghano, aveva lasciato il suo Paese di origine nel dicembre 2008 – perché esposto a gravi rischi di ritorsione da parte delle forze antigovernative per aver collaborato come interprete con le truppe americane di stanza a Kabul – per dirigersi verso la Grecia. Giunto ad Atene, era stato arrestato e collocato in un

1 Sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 ed emendata dal Protocollo n° 11.

2 In particolare i primi 18 articoli della Convenzione: diritto alla vita, divieto di sottoposizione alla schiavitù e lavori forzati, diritto alla libertà e sicurezza, diritto a equo processo e a ricorso effettivo, divieto di discriminazione, diritto a essere condannati solo se il fatto o l'omissione erano previsti dalla legge come reato.

3 Cfr. P. BALBO, *op. cit.*, p. 38, 39.

centro di detenzione, in attesa di un ordine di espulsione. A seguito dell'avvenuta notifica di tale ordine, era stato rilasciato con l'intimazione di trasferirsi sul territorio greco entro 30 giorni. Si era quindi rifugiato in Belgio, dove aveva presentato una richiesta di asilo politico. Le autorità belghe, tuttavia, accertato attraverso il sistema EURODAC di riscontro delle impronte digitali a livello europeo, che il ricorrente era entrato nell'Unione Europea dalla Grecia, avevano inviato alle autorità di quel Paese una richiesta di presa in carico del procedimento di asilo, ai sensi dell'art. 10 del regolamento Dublino II. Decorsi due mesi dall'inoltro della richiesta, il Belgio, aveva disposto, ai sensi dell'art. 18 del suddetto regolamento, il trasferimento del ricorrente in Grecia per la disamina della sua domanda di protezione. Avverso tale provvedimento, peraltro, il ricorrente aveva inutilmente proposto ricorso avanti all'*Alien Appeals Board*, ma questo era stato dichiarato inammissibile per un vizio procedurale. Pertanto il 15 giugno 2009, il ricorrente venne, comunque, trasferito in Grecia. Al suo arrivo ad Atene, le autorità greche lo avevano condotto in un centro per richiedenti asilo politico dove, secondo quanto affermato dal medesimo, era stato costretto a stare in una stanza di dimensioni ridotte con altre venti persone; aveva potuto utilizzare i servizi igienici solo a discrezione delle guardie; era stato malnutrito e, inoltre, era stato costretto a dormire sul suolo. Dopo quattro giorni di detenzione, era stato rilasciato con un permesso di soggiorno temporaneo – c.d. *pink card* – in quanto richiedente asilo politico. Gli veniva, inoltre, ordinato di presentarsi entro quattro giorni presso il Dipartimento per le richieste di asilo al fine di dichiarare la propria residenza in Grecia. Per timore di essere espulso verso il Paese di origine, tuttavia, il ricorrente non si era recato al Dipartimento, come richiestogli, ed era rimasto senza fissa dimora per diversi mesi. A seguito di tale inadempimento, venne arrestato nel luglio 2009, mentre cercava di lasciare il territorio

greco utilizzando dei documenti falsi, ed era stato nuovamente collocato per un periodo di sette giorni nel medesimo centro di accoglienza per richiedenti asilo politico, in cui era già stato trattenuto al momento del suo arrivo in Grecia. Dopo il rilascio, aveva continuato a vivere per strada, senza aver a disposizione denaro per acquistare il cibo di cui nutrirsi. Nel dicembre 2009, le autorità greche gli avevano rinnovato il permesso di soggiorno come richiedente asilo politico, ma non avevano provveduto a procurargli un alloggio né del denaro per provvedere ai suoi bisogni primari⁴.

Veniamo adesso a analizzare il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza. In primis quest'ultima si è occupata di individuare i fondamenti normativi ai quali sono tenuti Belgio e Grecia: a) Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati; b) nota sulla protezione internazionale del 13 settembre 2001 del United Nations High Commissioner for Refugees, riguardo al principio di non *refoulement*; c) Trattato sull'Unione europea come modificato dal Trattato di Lisbona in vigore dal 1° dicembre 2009; d) Trattato sul funzionamento dell'Unione europea come modificato dal Trattato di Lisbona; e) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; f) Sistema di asilo “Dublino”; g) Piano di azione volto a armonizzare e migliorare le norme di protezione per il sistema di asilo comune; h) direttive 9/2003 riguardante le norme minime per l'accoglimento dei richiedenti asilo negli Stati membri; i) direttiva 2005/85/CE riguardante le norme minime concernenti la procedura di concessione e revoca dello status di rifugiato; j) direttiva 2004/83/CE sulle norme minime relative alle condizioni necessarie per l'ottenimento dello status di rifugiato o protezione internazionale da parte di cittadini di

⁴ Tratto da http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/26-/596-immigrazione_e_diritto_di_asilo_un_importante_pronuncia_della_corte_di_strasburgo_mette_in_discussione_le_politiche_dell_unione_europea/

Paesi terzi e gli apolidi. Sulla base di ciò la Corte tiene conto delle denunce del ricorrente e conclude che la Grecia è responsabile per non aver tenuto conto della vulnerabilità del richiedente e per le condizioni nelle quali l'interessato si trova: vive per strada, «senza risorse, senza assistenza sanitaria, né potendo disporre di alcun sostegno per i bisogni essenziali»⁵.

Nello specifico, con questa sentenza del 22 gennaio 2011, la Grande Camera ha condannato Grecia e Belgio, per la violazione degli artt. 3 e 13 CEDU: in particolare, la Grecia per aver trattenuto nel corso della procedura di asilo *M.S.S.* in condizioni degradanti e per averlo abbandonato, dopo il suo rilascio, in condizioni altrettanto degradanti: l'interessato è, infatti, stato vittima di un trattamento umiliante, non rispettoso della sua dignità, che lo ha portato a sentimenti di angoscia, paura, inferiorità, disperazione; inoltre gli è stato negato l'accesso a una procedura di asilo effettiva. Quanto alla violazione dell'art. 13, combinato con gli artt. 2 e 3 della Convenzione, la Corte sottolinea che l'effettività del ricorso ai sensi dell'art. 13, non dipende dalla certezza di un esito favorevole per il ricorrente, bensì riguarda il rispetto da parte degli Stati della portata dell'art. 13⁶.

Partiamo dalla Grecia: esamineremo prima le condizioni in cui veniva trattenuto nel corso della procedura di asilo e in seguito le condizioni di vita dopo il suo rilascio.

Con riferimento al primo aspetto nel corso della procedura di asilo, la Grande Camera ha preso in esame l'art. 3 CEDU nella sua dimensione “negativa” – cioè come fonte di obblighi di astensione per le autorità dello Stato. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, la detenzione dello straniero è ammissibile sia nelle more del procedimento di espulsione, sia nel corso del procedimento di asilo, sulla base dell'art. 5, comma 1, lett. f) CEDU – che autorizza l'arresto

⁵ P. BALBO, *I cittadini non comunitari*, Torino, 2011, p. 52.

⁶ Cfr. P. BALBO, *op. cit.*, pp. 49-53.

e la detenzione dello straniero per impedire l'ingresso clandestino nel territorio nazionale. Com'è noto, perché possa ravvisarsi una violazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti è necessario che la soglia di sofferenza lamentata dal ricorrente superi quella connaturata a qualsiasi forma di detenzione – soglia che secondo il Governo greco non era stata raggiunta⁷. Circa lo *standard* probatorio richiesto, il ricorrente, che asserisce di essere stato vittima di condotte contrarie all'art. 3 CEDU, deve fornirne la prova oltre ogni ragionevole dubbio. Di recente, la giurisprudenza europea ha introdotto una presunzione di responsabilità dello Stato convenuto per le violazioni dirette dell'art. 3 CEDU, nei casi in cui il ricorrente si trovi in condizioni di detenzione quali: fermo di polizia, arresto, esecuzione di una pena detentiva, ma *anche* trattenimento dello straniero nel corso del procedimento di espulsione o di asilo, a meno che le autorità nazionali forniscano una valida giustificazione. Tenuto conto della particolare condizione di debolezza connaturata allo *status* di richiedente asilo politico del ricorrente, la Grande Camera ha ritenuto che le condizioni obiettive in cui questi era stato trattenuto –

⁷ Il Governo greco sosteneva che non era stata raggiunta la soglia minima di gravità richiesta dalla norma in parola perché il ricorrente era stato trattenuto solo per pochi giorni: la prima volta per quattro giorni e la seconda per una settimana. Mentre la Grande Camera ha ritenuto che tali periodi di detenzione fossero suscettibili di ricadere entro l'ambito applicativo della norma convenzionale alla luce del fatto che il ricorrente, in quanto richiedente asilo politico, era un soggetto debole – ossia un soggetto che percepisce una privazione della libertà personale come più umiliante rispetto alle altre persone. I giudici europei hanno osservato, in primo luogo, che secondo i *reports* del CPT, dell'UNHCR, di *Amnesty International* e di Medici senza frontiere la struttura nella quale il ricorrente veniva trattenuto nel corso della procedura di asilo per un periodo complessivo di undici giorni ospita in media 145 persone in uno spazio di 110 mq; le condizioni igienico-sanitarie all'interno sono precarie; le stanze sono areate in maniera insufficiente e sono dotate di un solo letto per 14 o 17 persone – che sono quindi costrette a dormire sul pavimento, senza nemmeno un materasso. Infine, sempre secondo tali documenti, gli stranieri, che sono trattenuti all'interno del centro, vengono chiusi a chiave all'interno delle loro stanze e non possono accedere liberamente ai servizi igienici né possono svolgere alcun tipo di attività fisica necessaria al mantenimento della propria salute. In assenza di elementi forniti dal Governo greco in merito alla conformità delle condizioni effettive della detenzione del ricorrente rispetto alla Convenzione, la Grande Camera ha ritenuto che i dati in suo possesso fossero sufficienti per ritenere fondate le asserzioni del ricorrente.

ossia sovraffollamento, precarie condizioni igieniche, mancata areazione – avessero comportato un livello di umiliazione superiore rispetto a quello proprio di qualsiasi privazione della libertà personale e ha, pertanto, concluso all'unanimità che il ricorrente avesse subito una violazione dell'art. 3 CEDU *sub specie* di trattamenti degradanti. Quanto al secondo aspetto, i giudici europei hanno esaminato l'art. 3 CEDU nella sua dimensione positiva, come fonte di obblighi di intervento. Al riguardo la Grande Camera ha, in via preliminare, ribadito che l'art. 3 CEDU, non deve essere inteso come obbligo positivo per gli Stati membri di garantire alle persone sottoposte alla sua giurisdizione il diritto a vivere in una casa propria, né l'obbligo di fornire assistenza finanziaria ai rifugiati politici. Nel caso di specie tale obbligo di fornire ai rifugiati politici un alloggio e di provvedere ai loro bisogni primari, per le autorità greche, discende direttamente dalla legge interna di attuazione della Direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri – c.d. Direttiva accoglienza – e in particolare, dal suo art. 13, secondo cui gli Stati membri devono assicurare ai richiedenti asilo politico condizioni d'accoglienza adeguate, in natura oppure attraverso la corresponsione di buoni o sussidi. È opportuno, dunque, verificare se le autorità greche attraverso le loro azioni ed omissioni abbiano negato al ricorrente quei diritti che gli spettavano secondo la legge interna⁸.

8 A tal fine, la Corte è chiamata ad accertare, *in prima battuta*, se la condizione di estrema povertà materiale, in cui il medesimo era costretto a vivere dopo il suo rilascio, abbia integrato una situazione di sofferenza suscettibile di ricadere entro l'ambito applicativo dell'art. 3 CEDU e, *in seconda battuta*, se tale condizione sia attribuibile all'inefficienza del sistema di asilo greco e alla mancata corresponsione da parte delle autorità greche delle misure, previste dalla legislazione interna, per soddisfare i bisogni primari dei richiedenti asilo politico. Anche in quest'occasione, la Grande Camera ha sottolineato la necessità di attribuire un peso considerevole allo *status* soggettivo di rifugiato politico del ricorrente ai fini della valutazione della conformità delle condizioni di vita del ricorrente all'art. 3 CEDU. Ciò per un duplice motivo. Da un lato, i giudici europei hanno riconosciuto che il ricorrente, in quanto rifugiato politico, «*is a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection*». Dall'altro, essi hanno posto

A riguardo il Governo greco obiettò facendo presente che il ricorrente doveva considerarsi responsabile in via esclusiva delle condizioni in cui viveva dopo il suo rilascio, perché questi aveva omesso di informare le autorità nazionali di essere privo di un alloggio; tuttavia i giudici europei hanno ritenuto, anzitutto, che le autorità nazionali non potessero ignorare che il ricorrente fosse privo di un alloggio e di mezzi di sostentamento, dato che i posti disponibili nei centri di accoglienza per richiedenti asilo politico del Paese erano solo 1000 per decine di migliaia di profughi. Inoltre, a loro avviso, alla luce delle condizioni di precarietà in cui i richiedenti asilo politico notoriamente vivono in Grecia, le autorità nazionali non avrebbero comunque dovuto aspettare che il ricorrente si rivolgesse alla polizia, ma avrebbero dovuto provvedere immediatamente ai suoi bisogni primari. Tanto meno, la Corte ha ritenuto condivisibile l'obiezione secondo cui il ricorrente avrebbe potuto aver accesso al mercato del lavoro, perché sulla base dei *reports* sopracitati, per i richiedenti asilo politico nella prassi è impossibile trovare un impiego a causa di numerosi ostacoli burocratici, né quella secondo cui le autorità nazionali fossero da ultimo riuscite a fornirgli un alloggio.

Secondo la Corte, quindi, le autorità greche avrebbero potuto alleviare lo stato di sofferenza psichica del ricorrente esaminando tempestivamente la sua richiesta di asilo, come previsto dalla legislazione nazionale. La Grande Camera ha concluso, quindi, per la violazione dell'art. 3 CEDU, posto che la Grecia non aveva preso in considerazione lo stato di vulnerabilità del ricorrente in quanto richiedente asilo politico e aveva violato la legislazione nazionale che prevede, per i richiedenti asilo politico, condizioni minime di accoglienza, dando causa alla condizione di estrema povertà in cui il

l'accento sull'esistenza di un consenso di opinioni nell'ambito del Consiglio di Europa quanto alla necessità di assicurare ai richiedenti asilo politico una protezione speciale.

ricorrente viveva dopo il suo rilascio.

Il ricorrente lamentava, inoltre, nei confronti della Grecia di non aver avuto diritto a un ricorso effettivo contro un eventuale provvedimento di rigetto della sua istanza di asilo e di espulsione verso l'Afghanistan, dove correva il rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU. Nella pronuncia in esame, la Grande Camera – probabilmente sulla base del principio di sussidiarietà – ha ritenuto che spettasse in primo luogo alle autorità nazionali verificare l'esistenza di una potenziale violazione dell'art. 3 CEDU, in conseguenza dell'espulsione del ricorrente dalla Grecia verso l'Afghanistan, e si è accontentata di valutare il rispetto del principio di non respingimento in relazione al solo combinato disposto degli artt. 3 e 13 CEDU.

Quanto all'asserita violazione degli artt. 3 e 13 CEDU, la Grande Camera ha ribadito anzitutto che, dalle citate norme convenzionali, non deriva in capo ai richiedenti asilo politico il diritto all'accoglimento della loro richiesta di asilo, ma solo il diritto di avvalersi di un ricorso effettivo contro un eventuale rigetto della propria istanza.

Nel caso di specie, la Grande Camera ha ritenuto che il ricorso avanti alla Corte Suprema Amministrativa non poteva essere considerato una garanzia effettiva nei confronti del pericolo di *refoulement* perché tale mezzo d'impugnazione non comporta la sospensione automatica dell'ordine di espulsione.

In ragione delle carenze riscontrate nel sistema di asilo greco e della scarsa effettività delle garanzie previste nei confronti del pericolo di espulsioni arbitrarie, la Grande Camera ha ritenuto impossibile per il ricorrente esercitare un ricorso effettivo contro un eventuale rigetto della propria istanza di asilo e ha pertanto ravvisato all'unanimità una violazione congiunta degli artt. 13 e 3 CEDU, ritenendo invece assorbita la violazione dell'art. 2 CEDU.

Tenuto conto delle circostanze concrete e della necessità di porre fine

alla violazione degli artt. 3 e 13 CEDU, la Grande Camera ha infine ritenuto di imporre alla Grecia, ai sensi dell'art. 46 CEDU, di procedere al più presto all'esame della richiesta di asilo del ricorrente. Inoltre, pur non avendo ravvisato una potenziale violazione dell'art. 3 CEDU in relazione all'espulsione del ricorrente verso l'Afghanistan, la Corte ha ordinato alla Grecia di non eseguire la sua espulsione verso il Paese di origine fino alla conclusione della procedura di asilo. Essa ha poi condannato la Grecia al pagamento di 1000 euro a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale subito dal ricorrente.

La Corte ha condannato il Belgio, invece, per aver violato il principio di *non refoulement* – cioè il divieto discendente dall'art. 3 CEDU di rinviare una persona verso un paese in cui potrebbe essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti – avendo trasferito il medesimo ricorrente in Grecia, in applicazione del regolamento CE/343/2003⁹, pur essendo a conoscenza del rischio che ivi egli avrebbe potuto subire gravi violazioni dei diritti umani. Il principio di

⁹ Il regolamento Dublino II, del 18 febbraio 2003, è una norma di diritto derivato dell'Unione europea, che stabilisce i meccanismi e i criteri per la determinazione dello Stato membro competente per l'esame delle domande di asilo presentate in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo. Il principio di fondo cui il suddetto regolamento s'ispira, è quello, esplicitato nel preambolo, di creare una politica comune nel settore dell'asilo, istituendo progressivamente “uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto a quanti, spinti dalle circostanze, cercano legittimamente protezione nella Comunità europea” e si basa sulla presunzione, anch'essa esplicitata nel preambolo, che «gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento («*non refoulement*»)), sono considerati Stati sicuri per i cittadini di Paesi terzi”. Secondo il regolamento, ciascuno Stato membro deve determinare sulla base dei criteri oggettivi (artt. da 5 a 14 del medesimo regolamento), quale Stato dell'Unione europea sia responsabile per l'esame della domanda d'asilo, al fine di evitare la presentazione di più domande e di consentire al richiedente asilo politico di essere seguito da uno solo degli Stati membri: e in particolare, per quel che qui interessa, ai sensi dell'art. 10 del regolamento, è competente ad esaminare la richiesta di asilo lo Stato di primo ingresso del richiedente nell'Unione Europea. Laddove i criteri fissati dal regolamento individuino, come nel caso in esame, un altro Stato membro come responsabile della domanda d'asilo, quest'ultimo viene invitato a farsi carico del procedimento e il richiedente viene rinvio verso tale Paese. Peraltro, il regolamento stesso, all'art. 3, par. 2, consente agli Stati di esaminare una richiesta di asilo anche quando questo esame non sarebbe di propria competenza (c.d. *sovereignty clause*). In tale ipotesi, quindi, lo Stato diventa responsabile per il procedimento di asilo e assume gli obblighi connessi a tale competenza.

fiducia reciproca tra gli Stati e la presunzione che gli Stati membri dell'Unione europea siano tutti Stati sicuri e rispettosi del principio di *non-refoulement* su cui si fonda il sistema di Dublino trovano pertanto un limite assoluto, secondo la Corte di Strasburgo, ogniquale volta sussistano elementi per ritenere che nello Stato di destinazione il rifugiato politico possa essere sottoposto a una violazione dei suoi diritti umani. Verificandosi casi del genere gli Stati membri hanno dunque l'obbligo di astenersi dal trasferimento del richiedente¹⁰.

Per consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, infatti, dall'art. 3 CEDU discende il divieto di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato, quando vi siano fondati motivi per ritenere che questi possa subire nel Paese di destinazione torture, o trattamenti inumani o degradanti – c.d. principio di *non refoulement*: in questi casi lo Stato che lo ha espulso, o allontanato, è ritenuto responsabile indirettamente per l'eventuale trattamento contrario all'art. 3 CEDU subito dall'interessato nel Paese di destinazione.

Secondo quanto affermato dai governi del Belgio e della Gran Bretagna, intervenuti come parti terze nel giudizio, peraltro, nel caso di rinvio di un richiedente asilo politico da uno Stato all'altro dell'Unione Europea, in applicazione del Regolamento Dublino II, vige il principio secondo cui si deve presumere che gli Stati membri dell'Unione siano tutti Stati sicuri, rispettosi del principio di non respingimento. In quest'ottica, non sarebbe possibile riconoscere in capo agli Stati membri del dovere di verificare il rispetto da parte dello Stato di destinazione dei propri obblighi internazionali, perché altrimenti ciascun Stato finirebbe con il regolare a proprio piacimento la competenza in materia di asilo, sindacando il grado di affidabilità dello Stato competente, in luogo dei competenti organi dell'UE. Sulla base di tali considerazioni, il Belgio pertanto non avrebbe potuto sospendere il

¹⁰ Cfr. P. MORI, *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, Diritto dell'unione europea, fasc.1, 2014, pag. 127.

trasferimento del ricorrente verso la Grecia in quanto, nel caso di specie, non ricorrevano motivi evidenti per ritenere che lo Stato di destinazione non avrebbe rispettato i propri obblighi in materia di asilo. La Grande Camera, invece, ha ritenuto che il Belgio avesse l'obbligo di non disporre il rinvio del ricorrente in Grecia laddove vi fossero stati fondati motivi per ritenere che ivi questi sarebbe stato sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, tanto più che il Regolamento Dublino II all'art. 3, prevede espressamente la facoltà per gli Stati membri di esaminare la domanda di asilo di un cittadino di un Paese terzo, anche se tale esame non gli competerebbe secondo i criteri previsti dal regolamento – c.d. *sovereignty* clause. Nessun problema, quindi, si pone in merito alla compatibilità in astratto del diritto dell'Unione europea rispetto alla Convenzione.

Sulla base dei principi sopra esposti, la Grande Camera, con sedici voti contro uno, ha riconosciuto una violazione dell'art. 3 CEDU, perché il Belgio aveva rinvio il ricorrente in Grecia, benché vi fossero fondati motivi per ritenere che questi, una volta giunto a destinazione, venisse arbitrariamente espulso verso il Paese di origine.

La violazione indiretta dell'art. 3 CEDU si è avuta anche in relazione alle condizioni della detenzione del ricorrente e alle condizioni di vita del medesimo dopo il suo rilascio¹¹.

1.2 Il caso *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*: un'ipotesi di violazione del divieto di espulsioni collettive nelle intercettazioni in alto mare

Il 23 febbraio 2012 è stata emanata la sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*¹² concernente l'operazione di intercettazione in alto mare da parte

11 Tratto da http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/26-/-/596-immigrazione_e_diritto_di_asilo_un_importante_pronuncia_della_corte_di_strasburgo_mette_in_discussione_le_politiche_dell_unione_europea/

12 Testo integrale della sentenza reperibile su [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231#{\"itemid\":\[\"001-109231\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231#{\)

di unità militari italiane di un gruppo di circa duecento profughi somali e eritrei provenienti dalla Libia e là ricondotti. La pronuncia si è avuta a seguito di un ricorso presentato da alcuni cittadini somali ed eritrei i quali, nel maggio 2009, avevano tentato di raggiungere le coste italiane¹³; le loro imbarcazioni erano state intercettate dalla Guardia costiera italiana e i migranti, a trentacinque miglia marine da Lampedusa, a bordo di navi militari italiane¹⁴. Essi furono fatti salire a bordo e ricondotti verso il paese dal quale erano partiti, cioè la Libia, ma senza essere identificati.

Nel caso di specie la Grande Camera ha ritenuto all'unanimità che il respingimento in questione violasse: a) l'art. 3 CEDU, che riconosce il diritto a non essere sottoposto a tortura, a pene o trattamenti inumani o degradanti; b) l'art. 4 del Protocollo n° 4 alla CEDU, che sancisce il divieto di espulsioni collettive; c) l'art. 13 CEDU, data l'assenza di mezzi effettivi di ricorso con cui far valere la violazione di quelle disposizioni. Dopo aver riaffermato il principio generale secondo cui gli Stati hanno il diritto sovrano di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri, la Corte ha provveduto, in primo luogo, a ribadire la propria consolidata giurisprudenza sul principio di *non refoulement* in connessione con l'art. 3 CEDU, applicandolo ad una situazione extraterritoriale quale l'alto mare. La Corte ha poi precisato che l'articolo in questione ha carattere assoluto ed ha concluso per la violazione dell'art. 3 da parte dell'Italia: in primis, perché ha accertato che, una volta respinti verso la Libia i ricorrenti sarebbero stati esposti

13 I ricorrenti facevano parte di un gruppo più numeroso di circa duecento persone tra le quali donne e bambini.

14 Nel caso *Hirsi* la giurisdizione italiana sussisteva in quanto le persone erano state issate a bordo delle navi italiane. Come ricorda la Corte, in base al diritto internazionale del mare, una nave in acque internazionali è sottoposta alla giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera (questa norma è anche contenuta nell'art. 4 del codice di navigazione italiano). Né, aggiunge la Corte, l'Italia può eludere gli obblighi derivanti dalla Convenzione qualificando gli interventi oggetto del ricorso come operazioni di salvataggio in alto mare, in ragione del livello presumibilmente ridotto del controllo esercitato, al momento dei fatti, dalle autorità sugli interessati.

al rischio reale di trattamenti inumani e degradanti o a tortura, non essendo la Libia un Paese sicuro; in secondo luogo perché le autorità italiane erano al corrente dell'esistenza di tale pericolo.

Un punto importante evidenziato dalla Corte riguarda un corollario fondamentale del divieto di *refoulement*, ovvero la circostanza in base alla quale, in caso di intercettazioni in mare di migranti, gli Stati sono tenuti sempre ad accertare se tra essi vi siano persone che necessitino di protezione internazionale, a prescindere dal fatto che esse abbiano o meno presentato una domanda d'asilo. Sempre in relazione all'art. 3, la Corte ha individuato un terzo profilo di illiceità nella condotta dell'Italia, in quanto essa, respingendo i ricorrenti verso la Libia, li ha esposti al pericolo di *refoulement indiretto* verso i rispettivi Paesi di origine dei ricorrenti: Eritrea e Somalia. In particolare la Corte ha affermato che lo Stato che procede al respingimento verso il Paese di origine, deve offrire le opportune garanzie affinché il soggetto non corra dei rischi: tale obbligo è più stringente qualora il Paese di transito sia uno Stato terzo¹⁵. Il Governo italiano ha controbattuto adducendo che: da un lato, i respingimenti erano stati disposti in ottemperanza di accordi bilaterali con la Libia concernenti la lotta all'immigrazione clandestina: le c.d. “push-back operations”; in merito la Corte EDU stabilì che l'Italia non potesse rifarsi a tali accordi sulla base di una presunzione assoluta che la Libia fosse Paese sicuro, per il solo fatto di essere aderente ai principi internazionali, tra cui il principio di non *refoulement*, e che l'Italia non aveva verificato che la Libia adottasse le adeguate garanzie per la tutela dei richiedenti asilo¹⁶. Dall'altro lato, il Governo italiano riteneva vaghe e insufficienti le prove fornite dai

15 Cfr. A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, Riv. dir. internaz., fasc. 2, 2012, p. 415.

16 Cfr. S. LIEVEN, *Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10, M.E. and Others, 21 December 2011*, in *European Journal of Migration and Law*, Volume 14, 2012, pp. 231, 232.

ricorrenti circa l'esistenza di un rischio reale di essere esposti a trattamenti contrari all'art. 3 in Libia; tuttavia nell'ipotesi in cui il ricorrente allegghi di far parte di un *gruppo* sistematicamente esposto a tali trattamenti, sia sufficiente dimostrare l'appartenenza al gruppo in questione. Nel caso di specie pertanto la Corte, preso atto dell'esistenza di molteplici rapporti di organismi internazionali, governativi e non, che attestavano il rischio di trattamenti inumani e degradanti nei centri di detenzione libici, e dell'impossibilità di accedere a forme di protezione internazionale in questo paese, conclude per la violazione dell'art. 3.

Oltre all'art. 3, la Corte ha anche individuato una violazione dell'art. 4 del Protocollo n° 4. Infatti, l'Italia non ha provveduto alla procedura di identificazione e di esame – necessaria prima di qualsiasi trasferimento – della posizione individuale delle persone forzosamente consegnate alle autorità libiche, impedendo loro di presentare un'eventuale domanda di asilo, e facendo sorgere in capo ad essi alcuni rischi per la loro vita. A livello generale, la disposizione in esame è stata considerata applicabile, per la prima volta, non solo alle espulsioni collettive dal territorio nazionale, ma anche a quelle derivanti dall'esercizio in alto mare dell'autorità giurisdizionale dello Stato costiero – ossia ad un caso di allontanamento di stranieri effettuato in acque internazionali. A riguardo, mentre il Governo affermava che tale articolo dovesse applicarsi solo ad espulsioni dal territorio, i ricorrenti, invitavano la Corte ad un'interpretazione teleologica e funzionale del termine “espulsione”, affinché la disposizione venisse attuata effettivamente. La Corte, ricordando che l'interpretazione delle norme convenzionali deve avvenire alla luce del principio della buona fede e dell'oggetto e dello scopo del trattato, e in conformità del principio dell'effettività e richiamando esplicitamente le norme della Convenzione di Vienna in tema di interpretazione dei trattati – artt. 31-

33 – concluderà per l'applicabilità del divieto di espulsioni collettive anche in caso di respingimenti posti in essere in acque internazionali.

Pertanto, ammessa nel caso di specie l'esistenza della giurisdizione al di fuori del territorio nazionale, la Corte dichiara di non scorgere impedimenti ad ammettere che l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale abbia preso la forma di un'espulsione collettiva.

Per quanto riguarda l'esame del merito, poi, la Corte ricorda la giurisprudenza in materia di art. 4 del Protocollo n° 4, in base alla quale tale norma risulterà disattesa ogni qualvolta vengano adottate misure nei confronti di stranieri in quanto gruppo, senza un esame attento ed obiettivo della specifica situazione di ciascuno straniero parte del gruppo. Di conseguenza, riscontra facilmente l'esistenza di una violazione di tale disposizione nel caso di specie, in quanto il trasferimento dei ricorrenti in Libia era stato eseguito in assenza di identificazione e di esame della situazione individuale di ciascun ricorrente¹⁷.

Infine il *refoulement* in alto mare dei ricorrenti verso la Libia ha integrato, secondo la Corte, una violazione del diritto ad un rimedio effettivo sancito dall'art. 13 della Convenzione europea. Ciò in quanto la deportazione collettiva in Libia dei ricorrenti ha impedito loro l'accesso alla procedura di identificazione e l'esternazione delle loro ragioni. Tale circostanza è rilevante nel contesto del diritto d'asilo, in quanto è fondamentale garantire ad ogni soggetto la possibilità di eliminare le conseguenze potenzialmente irreversibili di un provvedimento di espulsione. Il Governo, in merito, aveva sollevato un'eccezione preliminare per non esaurimento delle vie di ricorso interne, affermando che esisteva un mezzo di ricorso effettivo e che questo consisteva nell'adire le giurisdizioni interne per far valere le

17 Cfr. A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la libia del 2009: il caso Hirsi*, Riv. dir. internaz., fasc. 2, 2012, p. 415.

eventuali responsabilità penali degli ufficiali coinvolti. Ammetteva invece che sulla nave non sarebbe stato possibile adire le autorità nazionali. A tal proposito in realtà occorre sottolineare che, se anche ciò fosse stato possibile, la nave non viene ritenuta dall'UNHCR in via generale un luogo idoneo allo svolgimento delle procedure di identificazione.

Un ultimo punto che resta brevemente da analizzare riguarda le possibili alternative a disposizione di uno Stato in caso di intercettazioni in alto mare di migranti bisognosi di protezione internazionale, diverse da quella di consentire ai migranti stessi l'ingresso nel proprio territorio. Di fatto, tale ingresso può essere legittimamente rifiutato qualora le persone interessate possano usufruire *in modo effettivo e concreto* di alternative che consentano loro di ottenere comunque protezione, ad esempio presso un altro Paese sicuro verso il quale la nave sia in grado di dirigersi autonomamente. Un'altra valida alternativa è quella consistente nel soccorrere i richiedenti asilo in mare e condurli verso un Paese sicuro diverso da quello di bandiera della nave che esegue il soccorso. Diversamente, tutte le volte in cui l'azione dello Stato di bandiera si risolve nel respingimento dei richiedenti asilo verso spazi dove la loro vita o libertà siano in pericolo, si produce una violazione dell'obbligo di *non refoulement*. Ciò include anche l'ipotesi in cui un'imbarcazione di richiedenti asilo sia costretta, a seguito del diniego di protezione da parte dello Stato a cui essa era stata richiesta, a vagare in alto mare, senza che vi sia la certezza che possa ottenere protezione presso un luogo sicuro. Anche se in questo caso non è attuato in modo diretto alcun respingimento verso un Paese a rischio, non può ovviamente sostenersi che l'alto mare sia un luogo sicuro dove le persone interessate possano usufruire di protezione adeguata; appare infatti evidente come vagare in alto mare non risponda a *standards* di vita in

linea con i diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti¹⁸.

1.3 Il caso Saadi c. Italia e la violazione dell'art. 3 CEDU

Il caso *Saadi c. Italia* riguarda un cittadino tunisino regolarmente residente in Italia, sposato con una cittadina italiana, che dopo essere stato accusato di terrorismo internazionale, si vide destinatario di un decreto di espulsione verso la Tunisia, nonostante la sua richiesta di protezione – posto che il suo Paese di origine è noto per il ricorso alla tortura. Saadi si era rivolto alla prefettura di Milano ed era stato rifiutato senza essere previamente ascoltato dalla Commissione italiana competente per la concessione dello status di rifugiato e anche i tentativi di ottenere un permesso di soggiorno erano andati vani, stante anche il diniego di rinnovo del passaporto da parte dell'ambasciata tunisina. Pertanto si prospettava un atteggiamento persecutorio, anche a seguito di inchieste svolta da Amnesty International e dal Dipartimento di Stato americano, dalle quali emergeva in primis la conferma della pratica della tortura in Tunisia, in secondo luogo la scomparsa di persone che erano rientrate in quella nazione a seguito dell'espulsione da altri Paesi, infine i trattamenti ai quali venivano sottoposti i detenuti politici e i loro familiari. La Corte in merito ha affermato che gli Stati contraenti, in base a un «principio di diritto internazionale ben consolidato e senza pregiudizio per gli impegni derivanti dai loro trattati, compresa la Convenzione, hanno il dovere di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dei non-cittadini»¹⁹; tuttavia né la Convenzione né il Protocollo affermano l'esistenza del diritto di asilo politico. Infine l'espulsione decisa da uno Stato sottoscrittore può determinare una potenziale violazione dell'art.

18 Cfr. F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Riv. dir. internaz., fasc.3, 2012, p. 721.

19 P. BALBO, *op. cit.*, p. 45.

3 della Convenzione e la responsabilità va allo Stato, se sussistono motivi seri e dimostrati di ritenere che l'interessato, qualora sia espulso verso un Paese di destinazione sia a rischio reale di subire un trattamento non conformi all'art. 3 sopracitato. In particolare, questo pone il divieto di tortura in termini assoluti o pene o trattamenti disumani o degradanti. Non ammette deroghe o eccezioni, neppure in caso di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Il divieto suddetto ha dunque carattere assoluto, indipendentemente dal comportamento della persona sotto indagine o dalla natura dell'infrazione attinente o meno all'art. 3. La Corte precisa poi quali siano i motivi che determinino il rischio reale di tale condotte: è opportuno tenere di conto le conseguenze prevedibili derivanti dal rinvio della persona al Paese di destinazione sia in base alla situazione generale, sia in base alle circostanze del caso. In particolare si valutano gli elementi prodotti dal ricorrente, tenendo presente che è sufficiente per l'integrazione della fattispecie, un minimo di gravità della tortura e dei trattamenti “inumani e degradanti”. Il minimo di gravità è in stretta correlazione con la durata del trattamento e gli effetti fisici o mentali: quali il sesso, l'età e la condizione fisica della vittima. Con “inumana e degradante” di una pena si intende la sofferenza o l'umiliazione come forma di trattamento. Più precisamente la tortura sta ad indicare i trattamenti inumani volti a «provocare gravi e crudeli sofferenze»²⁰. Ciò che si vuole evidenziare è che l'espulsione di un individuo che possa costituire o costituisca una minaccia per la collettività non altera il rischio che possa subire trattamenti lesivi²¹.

1.4 Il caso Sharifi ed altri c. Italia e Grecia: un esempio di mancato ricorso alla clausola di sovranità a discapito del diritto di asilo

²⁰ P. BALBO, *op. cit.*, p. 47.

²¹ Cfr. P. BALBO, *op. cit.*, pp. 44-47.

Il caso Sharifi ed altri c. Italia e Grecia²² riguarda 32 afgani, 2 sudanesi ed un eritreo (10 ricorrenti sono minorenni) che, in momenti diversi, raggiunsero la Grecia ed a Patrasso s'imbarcarono clandestinamente su navi dirette in Italia. Arrivati nei porti di Bari, Ancona e Venezia, a più riprese, furono intercettati dalla polizia di frontiera che, dopo una prima accoglienza ed un tentativo di identificazione, procedette all'espulsione immediata verso la Grecia in base a reciproci accordi. Qui furono reclusi in centri di detenzione, lamentando le difficili condizioni in cui si trovavano. Contestano che in entrambi i Paesi hanno subito violenza da parte dei poliziotti ed, a loro avviso, non è stato concesso loro di chiedere asilo politico, visto che se fossero stati rimpatriati nei loro paesi avrebbero rischiato la vita. Infine denunciano che gli atti relativi all'espulsione non erano stati tradotti, "di non aver avuto l'opportunità di contattare avvocati ed interpreti" quando erano in Italia, le condizioni precarie di vita in Grecia e che hanno avuto difficoltà ad ottenere l'asilo politico. Lo stesso legale di alcuni ricorrenti lamenta di non conoscerne la sorte: se e quanti siano stati rimpatriati, stante anche la difficoltà di contattarli. Come si desume dai parr. B e C della sentenza, attualmente sono sparsi in tutta l'UE, altri sono rimpatriati od in Iran, solo due sono in Italia e Grecia e le richieste d'asilo presentate in Italia sono state respinte e quella presentata da uno dei ricorrenti, di cui è stata ritenuta ammissibile la richiesta, è sospesa in attesa della pronuncia del Tar. Ricorsero alla Corte EDU per lamentare una violazione dei diritti alla vita, dei diritti di difesa, di non subire trattamenti inumani, degradanti e/o torture ed una deroga al divieto di espulsioni collettive, disciplinati rispettivamente agli artt. 2, 3, 13 e 4 protocollo n° 4 CEDU. La Corte EDU, come sopra detto, ha dichiarato l'inammissibilità delle loro pretese e che non erano state provate le loro ragioni. Ha ammesso,

22 Testo integrale della sentenza reperibile su [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147287#{\"itemid\":\[\"001-147287\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147287#{\)

però, le lamentele di quattro clandestini: solo la Grecia è stata condannata a versare loro complessivamente € 5.000 per le spese di lite.

Per quanto concerne il quadro normativo internazionale si precisa che entrambi i Paesi hanno ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato che detta diritti e doveri sia degli Stati, sia dei richiedenti asilo. È vietato espellere e/o rimpatriare persone che si troverebbero in pericolo di vita o la cui libertà sarebbe compromessa in ragione delle loro idee politiche, religiose, dell'orientamento sessuale etc. L'UNHCR il 13 settembre 2001 ha pubblicato una nota sulla protezione internazionale dei richiedenti asilo politico – A/AC.96/951 par. 16 – “in cui ha sancito il principio del non respingimento”, considerato come complemento logico di questo diritto universale e come “norma consuetudinaria del diritto internazionale vincolante tutti gli Stati”. In breve è un elemento fondamentale del divieto di tortura, di sottoporre un individuo a pene e/o trattamenti inumanti e degradanti ai sensi dell'art.3 CEDU. “L'obbligo di non respingere è anche riconosciuto come applicabile ai rifugiati indipendentemente dal loro riconoscimento ufficiale, che comprende ovviamente i richiedenti asilo il cui status non è ancora stato determinato. Esso copre qualsiasi misura attribuibile ad uno stato che potrebbe avere l'effetto di restituire un richiedente asilo o rifugiato verso le frontiere di un territorio dove sarebbero minacciate la sua vita o la sua libertà, e dove egli rischierebbe la persecuzione. Questo include il rifiuto alle frontiere, l'intercettazione e il respingimento indiretto, dei singoli o di un afflusso massiccio in cerca d'asilo”. Ciò è stato adottato anche dalla raccomandazione n° 84 del 1984 del Comitato dei Ministri del COE che ha sancito i criteri per il riconoscimento di detta tutela internazionale ai soggetti che non possono essere formalmente considerati rifugiati od in una condizione ad essi equiparabile. Il

rispetto di questo principio è imposto anche dai Regolamenti 343/03/CE Dublino II e 1560/03 di sua attuazione. Sancisce i criteri, i meccanismi ed il foro per la concessione del diritto d'asilo e prevede che gli Stati membri "individuino in base a criteri oggettivi e gerarchici il Paese competente a vagliare la domanda d'asilo presentata sul loro territorio. In particolare, se il richiedente asilo ha varcato irregolarmente il confine di uno Stato membro in cui è entrato da un Paese terzo, tale Stato membro resta competente per l'esame della domanda d'asilo entro i dodici mesi dell'attraversamento della sua frontiera, secondo quanto disposto dall'art. 10 par. 1. Questo sistema mira ad evitare il fenomeno delle richieste multiple e, allo stesso tempo, a garantire che ogni richiesta d'asilo sarà trattata da un singolo Stato". Ciò implica un onere di trasferimento entro 6 mesi dall'accoglimento dell'asilo e le relative conseguenze per l'eventuale ritardo. Sono previste alcune clausole speciali come quella sulla "sovranità", in cui un Paese, in deroga a queste regole generali, può decidere sull'asilo o la clausola "per ragioni umanitarie", in cui uno esamina la domanda d'asilo su richiesta di un altro stato membro, previo consenso dell'interessato. Queste norme sono state completate dai Regolamenti Dublino III n° 604/13, EURODAC I e II n° 2725/00 e 603/13 e dalle Direttive 2013/32 e 33, oltre che da altre pregresse volte ad incrementare la tutela di questi oggetti ed a favorire il ricongiungimento familiare. Queste ultime norme considerano la detenzione dei rifugiati e dei richiedenti asilo come *extrema ratio*.

Infine il Regolamento 439/10 ha istituito un Ufficio di Supporto per creare un sistema comune d'asilo e migliorare la cooperazione tra gli Stati. Si ricordi che l'Accordo di Schengen del 1985 ed il relativo Regolamento 562/06 – Codice delle Frontiere Schengen – hanno istituito specifiche regole comuni per l'attraversamento delle frontiere e per il respingimento verso lo stato di ultima provenienza. Inoltre nel

1999 l'Italia e la Grecia avevano siglato un accordo bilaterale per riammettere le persone (tra cui rifugiati, apolidi etc) provenienti dal loro territorio.

In ogni caso sia la Grecia che l'Italia – tramite il Consiglio Italiano per i Rifugiati²³ – avevano prestato la dovuta assistenza, anche fornendo interpreti e opuscoli sulle norme per chiedere l'asilo politico, a tutti gli stranieri accolti in questi centri. Il trattamento riservato loro è stato sostanzialmente promosso dagli ispettori dell'ONU, di altre associazioni e di ONG internazionali che si occupano di rifugiati anche se destano preoccupazione le condizioni dei minori arrivati senza accompagnatori o separati da loro. Rileva le riforme greche per aumentare la protezione delle fasce deboli, ossia anziani, bambini, donne soprattutto se in stato interessante. Si dà atto che in Italia – come nel caso di Lampedusa – da un lato sono stati promossi vari programmi ed iniziative, anche dalla Chiesa, per accoglierli e proteggerli e dall'altro c'è stato un forte incremento del flusso d'immigrati provenienti dalla Libia, dalla Tunisia e dall'Egitto. Molti di essi s'imbarcano anche a Patrasso ed in altri porti greci ed è lecito, in base agli accordi bilaterali siglati con la Grecia e con altri stati UE ed extra UE l'immediato rinvio verso questi paesi, come nella fattispecie, anche se in base alla clausola di sovranità l'Italia poteva legittimamente decidere sulla concessione dell'asilo. La CEDU rimarca che l'esistenza di questi patti reciproci non può portare ad un'automatica ed indiscriminata espulsione sia singola che collettiva, ma vanno vagliati vari fattori.

23 Il CIR è noto per la promozione e difesa dei diritti e servizi alla persona rifugiata, anche tramite programmi di orientamento legale e sociale. Esso nasce alla fine del 1989 quando l'opinione pubblica non aveva ancora preso coscienza della massiccia presenza dei rifugiati, che pertanto venivano considerati "invisibili", data anche la loro collocazione i centri dislocati, lontani dalle aree metropolitane. Per un ulteriore approfondimento sul CIR si veda C. HEIN, *Rifugiati. Vent'anni di storia del diritto di asilo in Italia*, Roma, Donzelli, 2010.

Dopo la loro domanda i ricorrenti sono stati suddivisi in quattro gruppi e le richieste dei primi tre sono state dichiarate inammissibili perché, contrariamente a quanto sostenuto, avevano potuto avere contatti con il loro legale, i Paesi che attualmente li ospitano hanno collaborato fornendo le dovute informazioni. Molti i problemi: la maggior parte di loro era sconosciuta alle autorità, non era registrata nei database comunitari e talvolta c'erano problemi di omonimia – irrilevante che abbiano profili sui social network quale FB. In ogni caso spesso i ricorrenti non hanno provato le loro ragioni e hanno fornito informazioni contraddittorie ed/od insufficienti. La maggior parte di loro per altro non è più in Grecia, anche se la CEDU non ignora le precarie condizioni di vita nel centro di detenzione di Patrasso. In generale le richieste sono inammissibili *ex art. 35* per il non esaurimento dei rimedi interni.

La Corte nota come non le spetti vagliare i motivi per i quali non è stata accolta la richiesta d'asilo, tanto più che nessuna domanda è stata avanzata in Grecia, pur essendo accusata di discriminazioni, trattamenti inumani e di violazione dei diritti di difesa. Rileva anche gli sforzi della comunità internazionale per pacificare l'Afghanistan e come i convenuti evidenzino come sia raro che vengano rispediti nel loro Paese perché molti immigrati sono privi di documenti e/o dichiarano lo stesso nome e dunque difficilmente identificabili. La maggior parte degli immigrati rientra nell'immigrazione per motivi economici che esula dalla tutela in esame. Le ONG, come Amnesty e terzi intervenuti in giudizio, lamentano le difficoltà di reperire legali ed interpreti. La CEDU, pur riconoscendo che la verifica di queste censure e circa la loro veridicità spetti ai giudici interni, fa interessanti riflessioni. Ogni Stato nel decidere l'espulsione o la concessione dell'asilo deve bilanciare gli interessi dei richiedenti con quelli collettivi, *in primis* alla sicurezza interna dato che la maggior parte

sono privi di documenti e difficilmente identificabili. Nello specifico si dà atto che non erano noti né alle autorità, né ai citati database internazionali, ma si contesta, malgrado quanto sopra asserito circa l'assistenza prestata anche tramite il Centro italiano rifugiati, che la procedura per l'asilo si sarebbe dovuta avviare appena giunti in porto. L'unico documento circa l'identità di uno dei ricorrenti è un modulo prestampato compilato e siglato dallo stesso, da cui non si evince se è stata fornita o meno l'assistenza legale e linguistica (nel testo, però, si dà atto di opuscoli informativi sulle procedure per chiedere asilo tradotti in molteplici lingue e distribuiti ai migranti anche dai volontari). Infine la CEDU contesta che l'aumentato flusso migratorio e la relativa emergenza non giustificano pratiche incompatibili con la protezione internazionale sopra descritta. Non è possibile neppure l'automatica applicazione degli accordi bilaterali perché l'Italia sapeva o doveva sapere che la Grecia ha una bassa percentuale di accoglimento delle richieste d'asilo (1%) e che, perciò, c'era un rischio di rimpatrio con relativi pericoli per la vita e la libertà dei ricorrenti. *Ergo* è stata condannata. La Grecia ha violato la CEDU perché il centro d'accoglienza in realtà era un accampamento arrangiato in cui era impossibile vivere anche per le precarie condizioni igienico-sanitarie e per le molte carenze nel suo sistema per la concessione dell'asilo. Un giudice, dissentendo da questa decisione, ha denunciato le contraddizioni ed il ragionamento illogico seguito dai colleghi nell'emetterla²⁴.

1.5 Il caso Tarakhel c. Svizzera e la qualificazione dei minori come “i più vulnerabili tra i vulnerabili”

²⁴ Tratto da http://www.dirittoegiustizia.it/news/17/0000070350/La_CEDU_detta_i_suoi_comandamenti_sull_immigrazione_di_massa.html

Con la sentenza, pronunciata il 4 novembre 2014, nel caso Tarakhel c. Svizzera²⁵, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato a maggioranza dei suoi membri (14 contro 3) che, allo stato attuale, il rinvio verso l'Italia di richiedenti asilo particolarmente vulnerabili, quali un nucleo familiare con minori, è suscettibile, in mancanza di adeguate garanzie, di violare il divieto di trattamenti inumani o degradanti, sancito dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

La Corte, per l'ennesima volta, conferma con questa sentenza che la decisione di trasferire uno o più richiedenti asilo verso lo Stato membro competente in base ai criteri del Regolamento Dublino, deve sempre essere assunta nel rispetto dei diritti umani, dopo un esame rigoroso sia della situazione generale del sistema di asilo di detto Stato sia della situazione individuale dei richiedenti.

A prima vista questa pronuncia potrebbe sembrare una mera applicazione al caso di specie dei principi enunciati dalla medesima Corte nella sentenza M.S.S. c. Belgio e Grecia del 21 gennaio 2011, in cui, tra le altre cose, il Belgio era stato condannato per aver rinvio un richiedente asilo verso la Grecia nonostante il numero di materiale a disposizione indicasse chiaramente il collasso del sistema di asilo greco. Per arrivare alla decisione in esame la Corte prende le mosse dai principi sanciti nella sentenza M.S.S., successivamente, considera le peculiarità del caso concreto, se ne discosta o meglio li sviluppa ulteriormente, argomentando come segue.

Partiamo dallo svolgimento dei fatti. Il 16 luglio 2011, i ricorrenti – una famiglia afghana formata da padre, madre e sei figli minori – arrivano sulle coste della Calabria, dove forniscono alle autorità competenti una falsa identità. Sottoposti quindi alla procedura di identificazione EURODAC, vengono ospitati per dieci giorni in una

²⁵ Testo integrale della sentenza reperibile su [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147608#{\"itemid\":\[\"001-147608\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147608#{\)

struttura di accoglienza temporanea, per essere in seguito trasferiti nel CARA di Bari.

Il 28 luglio 2011, senza aver ottenuto alcuna autorizzazione in tal senso, il nucleo familiare abbandona il CARA e si trasferisce in Austria, dove presenta immediatamente domanda di asilo. Accertata la provenienza dall'Italia, le autorità austriache rigettano la domanda e presentano una richiesta di presa in carico da parte dell'Italia, che la accetta. I ricorrenti si dirigono quindi dall'Austria alla Svizzera, dove il 3 novembre 2011 presentano nuovamente una domanda di asilo. Tuttavia, anche la Svizzera rigetta la domanda e inoltra una richiesta di presa in carico all'Italia, che tacitamente accetta.

Conseguentemente, il 24 gennaio 2012, l'ufficio federale per la migrazione svizzero emette un ordine di espulsione verso l'Italia dei ricorrenti. Questi ultimi quindi impugnano la decisione (a due riprese) davanti alla Corte amministrativa federale. Entrambi i ricorsi sono respinti.

Esaurite le vie di ricorso interne, i ricorrenti si rivolgono alla Corte di Strasburgo, invocando a carico della Confederazione svizzera la violazione di tre disposizioni della CEDU. In particolare il divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3); il diritto al rispetto della vita familiare (art. 8); il diritto ad un ricorso effettivo (art. 13 in combinato disposto con l'art. 3).

In attesa di pronunciarsi nel merito, la Corte accoglie la richiesta dei ricorrenti di ingiungere alle autorità svizzere la sospensione in via d'urgenza della procedura di espulsione verso l'Italia sulla base dell'art. 39 del Regolamento della Corte.

Cerchiamo adesso di comprendere come i giudici sono arrivati alla decisione nel merito.

Innanzitutto, alla luce del quadro fattuale come sopra esposto, la Corte ritiene di non dover esaminare nel merito la presunta violazione da

parte della Svizzera del diritto al rispetto della vita familiare dei ricorrenti (art. 8 CEDU). In primo luogo, la Corte precisa che la responsabilità della Svizzera in base all'art. 3 CEDU, non è in discussione. In effetti, sebbene la Confederazione svizzera non sia uno Stato membro dell'UE questo Paese si è impegnato a rispettare le disposizioni del Regolamento Dublino, inclusa la cosiddetta “clausola di sovranità”, contemplata dall'art. 3, par. 2 del Regolamento Dublino II²⁶. Ed è proprio in virtù di questa possibilità offerta agli Stati – vale a dire la facoltà di esaminare una domanda di asilo introdotta sul loro territorio, anche quando lo Stato competente ai sensi del Regolamento Dublino è un altro – che la Corte ritiene che la decisione della Svizzera di rinviare i ricorrenti in Italia si configuri non come attuazione di un obbligo contemplato dal citato regolamento, ma come esercizio di un potere discrezionale, suscettibile quindi di essere sottoposto al controllo di compatibilità con la CEDU.

In altri termini l'applicazione dei “criteri di Dublino” non può mai essere una scusa per non rispettare i diritti umani. Successivamente, la Corte entra nel merito della violazione contestata alla Svizzera, ricordando dapprima i principi generali e applicandoli in seguito al caso di specie.

Quanto ai principi generali, in primo luogo, la Corte ricorda che, conformemente alla sua giurisprudenza costante, il divieto contemplato dall'art. 3 CEDU impone agli Stati contraenti di non espellere un richiedente asilo, ogniqualvolta sussistano dei motivi seri e comprovati di ritenere che nello Stato di destinazione il soggetto espulso corra un rischio reale di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. E che i trattamenti in questione devono caratterizzarsi per un minimo di gravità, da valutare alla luce di un insieme di variabili, quali la durata e gli effetti dei trattamenti, il sesso, l'età e lo stato di

26 Ad oggi art. 17 par. 1 del Regolamento Dublino III.

salute della vittima.

In seguito, la Corte – seguendo l'approccio innovativo già adottato in M.S.S. – conferma che, se l'art. 3 CEDU non pone in capo agli Stati contraenti l'obbligo di garantire un diritto a un alloggio o un'assistenza finanziaria adeguata a ogni richiedente asilo, un obbligo siffatto discende, sugli Stati membri UE, dalla direttiva accoglienza.

Richiamandosi sempre ad M.S.S., la Corte ricorda poi che i richiedenti asilo costituiscono una categoria di soggetti particolarmente vulnerabile, avente diritto ad una tutela speciale, a maggior ragione quando si tratta di minori, accompagnati o non.

Venendo al caso di specie, la Corte constata che nell'applicare ad esso i principi generali sopra illustrati, occorre valutare se, alla luce della situazione generale del sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo e della situazione particolare dei ricorrenti, esistano dei motivi seri e comprovati di ritenere che in caso di rinvio verso l'Italia i ricorrenti rischino di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU. Per comprendere meglio la questione analizziamo brevemente il sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo.

La Corte lo esamina sotto tre aspetti: a) lentezza della procedura di identificazione: la Corte rileva che, posto che le autorità italiane hanno identificato i ricorrenti nel giro di 10 giorni dal loro arrivo, al sistema di asilo italiano non può essere contestata la lentezza della procedura di identificazione; b) posti a disposizione nei centri di accoglienza: la Corte, posta di fronte alla complessità e alla eterogeneità dei diversi sistemi di accoglienza italiani e alla difficoltà di calcolare con precisione quanti richiedenti asilo siano effettivamente privi di ogni sistemazione, sceglie di non entrare nel dibattito sui dati, limitandosi a considerare la sproporzione flagrante tra il numero delle richieste di asilo presentate nel 2013 e il numero dei posti disponibili all'interno del sistema SPRAR, oltre al fatto che né il governo svizzero né quello

italiano hanno sostenuto che l'insieme di SPRAR e CARA sarebbero in grado di assorbire anche solo la maggior parte delle necessità di accoglienza (si noti tuttavia che, come si dirà sotto, i ricorrenti in questione sarebbero stati ospitati in un centro finanziato dal Fondo Europeo per i Rifugiati-FER); c) le condizioni di accoglienza nelle strutture disponibili: la Corte fa qui riferimento in primis, alle Raccomandazioni dell'UNHCR del 2013, in cui – pur descrivendo criticità relative alla diversità dei servizi offerti – non si faceva cenno a situazioni di violenza diffusa o condizioni insalubri e anzi si sottolineava gli sforzi fatti dall'Italia per migliorare le condizioni di accoglienza; in secondo luogo, al rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa del 2012, che sottolineava l'esistenza di problemi in alcuni centri di accoglienza, con particolare riferimento ai servizi offerti quali, ad esempio, supporto legale, assistenza psicologica. Conseguentemente, la Corte constata che la situazione attuale del sistema di accoglienza italiano non è in alcun modo comparabile a quella del sistema greco all'epoca della sentenza M.S.S., e che pertanto l'approccio adottato in quella sede non può essere impiegato per la soluzione del caso di specie.

Tuttavia, se da una parte la situazione generale del sistema di accoglienza italiano non è tale da impedire qualsiasi rinvio di richiedenti asilo verso l'Italia, d'altra parte, i dati e le informazioni disponibili insinuano seri dubbi sulle capacità del sistema e non consentono di considerare manifestamente infondato il rischio che un numero significativo di richiedenti asilo siano lasciati senza sistemazione o siano accolti in centri sovraffollati, senza privacy o addirittura in condizioni insalubri o di violenza.

Per quanto concerne, invece, la situazione individuale dei ricorrenti possiamo affermare che in via preliminare, la Corte osserva che, non essendo la situazione attuale del sistema di accoglienza italiano

comparabile a quella del sistema greco all'epoca di M.S.S., anche la situazione individuale dei ricorrenti nei rispettivi casi non vi è assimilabile. Infatti, nel caso di cui ci occupiamo oggi i ricorrenti erano comunque stati immediatamente presi in carico dalle autorità italiane, mentre M.S.S. era stato piazzato dalle autorità greche in detenzione e, successivamente, era stato lasciato “ad arrangiarsi”, senza alcun mezzo di sostentamento. Tuttavia, la Corte ribadisce che nemmeno queste differenze nella situazione individuale consentono di escludere in assoluto il rischio che, nel caso oggetto di esame, vengano commesse delle violazioni dell'art. 3 CEDU a danno dei ricorrenti. Ciò a maggior ragione se si considera che tra questi vi sono dei minori, nei cui confronti le condizioni di accoglienza devono necessariamente essere calibrate sulla loro età. Conseguentemente, la Corte ritiene che, nelle circostanze proprie al caso di specie – nonostante tutte le differenze con il caso greco, le autorità svizzere debbano ottenere garanzie presso gli omologhi italiani che, una volta rinvii in Italia, i ricorrenti saranno accolti in strutture e in condizioni adeguate all'età dei bambini e che l'unità del nucleo familiare sarà preservata.

La semplice comunicazione, senza ulteriori precisazioni, che i ricorrenti verranno ospitati a Bologna, in una struttura finanziata dal fondo europeo per i rifugiati (FER), in assenza di dettagliate e affidabili informazioni riguardo a questo centro, alle condizioni di accoglienza e al mantenimento dell'unità familiare, non può secondo i giudici considerarsi sufficiente. Pertanto, la Corte dichiara che la Svizzera incorrerebbe in una violazione dell'art. 3 CEDU se i ricorrenti fossero rinvii in Italia senza che le autorità svizzere competenti abbiano ottenuto preliminarmente da parte di quelle italiane una garanzia individuale, da un lato, sull'adeguatezza delle condizioni di accoglienza rispetto all'età dei minori e, dall'altro lato, sul mantenimento dell'unità familiare.

La Corte, dopo aver ricordato che la presunta violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti contemplato dall'art. 3 CEDU deve essere sottoposta al controllo indipendente e rigoroso di una istanza nazionale, conclude che, alla luce della documentazione prodotta dal governo della Confederazione svizzera, un siffatto controllo è stato garantito dalle autorità nazionali competenti. Pertanto, la Corte rigetta nel merito la doglianza dei ricorrenti relativa alla violazione da parte della Svizzera dell'art. 13 CEDU, letto in combinato disposto con l'art. 3 CEDU.

Al contrario, di quanto disposto nella sentenza Hussein, la Grande Camera della Corte, qui non fa riferimento alla necessità di “carenze sistemiche” per aversi un divieto di rinvio. I giudici di Strasburgo scelgono invece – a nostro avviso correttamente – un approccio per cui a rilevare, considerate sia la situazione generale del Paese sia la situazione particolare dei ricorrenti, è il concreto rischio di trattamenti proibiti, anche in assenza di “carenze sistemiche”.

Nel fare questo, la Corte – a differenza di quanto fatto nel caso Mohammed Hussein contro Paesi Bassi e Italia – attribuisce un'importanza fondamentale alla presenza di minori – essendo “i più vulnerabili tra i vulnerabili” – e valuta negativamente e severamente la mancanza di dettagliate e *affidabili* informazioni da parte del governo italiano sul centro di accoglienza dove i ricorrenti sarebbero stati ospitati e sull'esistenza di condizioni di accoglienza adeguate all'età dei minori e idonee a preservare l'unità familiare²⁷.

1.6 Il caso Khlaifia e a. c. Italia e il problema del sovraffollamento dei centri di accoglienza

²⁷ Tratto da <http://asiloineuropa.blogspot.it/2014/11/sentenza-tarakhel-contro-svizzera-la.html>

Con la sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*²⁸ la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accolto il ricorso presentato da tre cittadini tunisini avverso il trattamento subito in occasione del loro sbarco irregolare sulle coste italiane nel settembre del 2011. La pronuncia si svolge nel contesto dell'“emergenza sbarchi” verificatasi nel 2011 a seguito delle “primavere arabe”, e censura l'operato dell'Italia sotto il profilo dell'accoglienza dei migranti, della gestione dei respingimenti, nonché delle vie di ricorso previste per tutelare i diritti fondamentali a livello interno.

Partiamo dai fatti oggetto del ricorso.

I ricorrenti, partiti dalle coste tunisine il 16 e il 17 settembre 2011 su imbarcazioni di fortuna, sono sbarcati in Italia, sull'isola di Lampedusa, il 17 e il 18 settembre, dove sono stati trasferiti nel Centro di Soccorso e Prima Accoglienza (CSPA) di Contrada Imbriacola, il principale dell'isola, successivamente soccorsi e identificati. Pochi giorni dopo, il 20 settembre, una rivolta scoppiata tra i migranti ha provocato un grave incendio nel centro, costringendo le Autorità al trasferimento degli ospiti prima nel palazzetto dello sport di Lampedusa e poi, il 22 settembre, previo trasbordo aereo a Palermo, su alcune navi attraccate nel porto della città. Infine, tra il 27 e il 29 settembre, i ricorrenti sono stati condotti in aeroporto e, previa loro identificazione da parte del Console tunisino, rimpatriati in Tunisia in conformità con le procedure istituite dall'accordo italo-tunisino dell'aprile 2011.

La Corte osserva che risultano in atti i relativi decreti di respingimento emessi nelle medesime date (27 e 29 settembre) e che i rispettivi verbali di notificazione danno atto del rifiuto di firmare opposto dai destinatari. Di particolare rilievo, inoltre, è la base giuridica sulla quale sono fondati i decreti, ossia l'art. 10, comma 2, Testo Unico

28 Sentenza integrale reperibile su [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-91406#{\"fulltext\":\[\"Khlaifia c Italia\"\],\"itemid\":\[\"001-158356\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-91406#{\)

sull'Immigrazione (d.lgs. n° 286 del 1998 e successive modifiche) il quale prevede che “Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è disposto dal questore nei confronti degli stranieri: [...] b) che, [...] sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso”. Non si tratta pertanto di espulsioni in senso stretto, ma di respingimenti alla frontiera, che possono essere disposti – a mente dell'art. 10 sopracitato – non solo in modo diretto, quando lo straniero si presenti alla frontiera senza titolo per far ingresso sul territorio dello Stato, ma anche quando questi venga fermato subito dopo il suo ingresso illegale oppure, come nel caso dei ricorrenti, quando l'ingresso sia avvenuto per ragioni di pubblico soccorso (cd. respingimento differito).

I tre ricorrenti lamentano quattro censure: 1) la violazione dell'art. 5, par. 1, CEDU, per essere stati trattenuti in maniera incompatibile con i presupposti ai quali tale disposizione subordina la legittima privazione della libertà personale, nonché dell'art. 5, par. 2, per non aver ricevuto alcuna comunicazione circa le ragioni della loro detenzione, e dell'art. 5, par. 4, per non aver avuto la possibilità di contestare la legalità di tale detenzione; 2) la violazione dell'art. 3 CEDU, per essere stati trattenuti in condizioni inumane e degradanti tanto nel CSPA di Lampedusa quanto a bordo delle navi ormeggiate nel porto di Palermo; 3) la violazione dell'art. 4, Protocollo n° 4, CEDU, per essere stati vittima di un'espulsione collettiva; 4) la violazione dell'art. 13 CEDU con riferimento a tutti i precedenti profili di censura, per non aver potuto beneficiare di un efficace rimedio giurisdizionale interno contro tali violazioni convenzionali.

Con riferimento alla prima censura, dopo aver esaminato la pertinente normativa interna (parr. 27-32), ed esaminati diffusamente alcuni documenti redatti da organizzazioni internazionali con riferimento ai fatti di causa (parr. 33-35), la Corte si sofferma sulle argomentazioni in

diritto svolte dalle parti.

La prima censura sollevata dai ricorrenti è fondata sull'art. 5, par. 1 CEDU, ove la Convenzione afferma il divieto di privazione della libertà personale ed enumera i casi, tassativi, di eccezione a tale principio. Preliminarmente, il Governo italiano aveva sollevato un'eccezione di irricevibilità, asserendo che la condizione dei ricorrenti non potesse essere ricondotta al concetto di privazione di libertà personale, essendosi le Autorità limitate a soccorrere e identificare i ricorrenti conformemente alla normativa nazionale ed europea. Il Governo sottolinea in particolare come il CSPA e le navi sulla quali i migranti erano stati successivamente imbarcati non potessero essere considerati altro se non strutture di accoglienza. Da parte loro i ricorrenti, pur riconoscendo che tale ricostruzione corrisponde alle astratte previsioni normative pertinenti, affermano di essere stati in concreto privati della libertà personale: erano infatti rinchiusi all'interno di una struttura circondata da alte mura, da cui era loro proibito di allontanarsi, erano sottoposti a continua sorveglianza da parte delle forze di polizia ed era loro impossibile comunicare con l'esterno. In proposito la Corte richiama anzitutto il principio per cui ogni apprezzamento circa l'effettiva privazione di libertà subita da un individuo deve necessariamente prendere le mosse dalla disamina della sua situazione concreta alla luce di un insieme di criteri come la tipologia, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura concretamente considerata. Rilevato poi, in primo luogo, che le condizioni di trattenimento riferite dai ricorrenti non solo non risultano contestate dal Governo ma risultano addirittura confermate tanto dai rapporti internazionali sul CSPA di Lampedusa sia da quello pubblicato dal Parlamento italiano; e osservato, in secondo luogo, come la fuga dei migranti dal CSPA ed il loro ri-accompagnamento coattivo da parte delle forze dell'ordine militassero nel senso che la

permanenza nel CSPA fosse avvenuta contro la volontà dei migranti medesimi, la Corte conclude che, in concreto e a dispetto della qualificazione del CSPA operata dal diritto interno, i ricorrenti sono stati ivi trattenuti nell'ambito di una vera e propria privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5, par. 1, CEDU.

Nel merito, i ricorrenti rilevano che l'unica forma lecita di trattenimento cui può essere sottoposto uno straniero per ragioni connesse all'irregolare presenza sul territorio italiano è quella prevista dall'art. 14 d.lgs. n° 286/98, ovvero quella nei Centri di Identificazione ed Espulsione (CIE), detenzione la quale consente un controllo giurisdizionale di legalità; e parallelamente osservano che, da parte sua, l'art. 10, comma 2, d.lgs n° 286/98, pur legittimando i cd. respingimenti differiti, non prevede alcuna forma di privazione di libertà nei riguardi del migrante. Per contro, la situazione emergenziale allegata dal Governo non appariva di portata tale da consentire alcuna deroga al divieto di privazione di libertà senza controllo giurisdizionale e comunque l'Italia non aveva mai invocato la deroga prevista dall'art. 15 CEDU²⁹ per i casi d'urgenza. La violazione perpetrata dal Governo, al contrario, appare di portata strutturale, risultando ancora in corso alla data di deposito degli atti difensivi.

Da parte sua, il Governo evidenzia come le misure assunte nei riguardi dei ricorrenti non erano dirette ai fini di cui all'art. 5, par. 1, lett. f), CEDU, poiché nessun provvedimento di espulsione o estradizione è stato assunto né doveva essere assunto. Al contrario, i migranti sono semplicemente stati ammessi in via temporanea sul territorio dello Stato e quanto prima, previa loro identificazione, respinti, senza che perciò il diritto interno richiedesse l'esperimento di alcun controllo giurisdizionale, previsto solo in caso di espulsione.

29 Art. 15 CEDU: "Ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale"

La Corte – dopo aver osservato che l'accoglimento della tesi del Governo comporterebbe l'accoglimento de plano delle tesi dei ricorrenti – stante che la detenzione risulterebbe così priva tout court di alcuna base convenzionale – afferma che la detenzione dei ricorrenti era evidentemente connessa con il loro ingresso irregolare e con le finalità di gestione del fenomeno migratorio considerate dalla suddetta lettera f).

Ciò premesso, la Corte osserva che la legge italiana non prevede espressamente la possibilità di trattenere i migranti irregolari all'interno dei CSPA, l'unica norma pertinente restando l'art. 14 T.U. sull'immigrazione citato, che si riferisce solo alla detenzione amministrativa nei CIE, la quale risponde a finalità del tutto diverse. Pertanto, conclude la Corte, la privazione di libertà subita dai ricorrenti risulta priva di base legale nel diritto interno e pertanto priva di uno dei requisiti essenziali imposti dall'art. 5, par. 1, lett. f), CEDU, la cui violazione viene pertanto riconosciuta nel caso concreto. La Corte inoltre osserva che, anche volendo ritenere che l'accordo italo-tunisino dell'aprile 2011 preveda una base legale alla detenzione dei ricorrenti, questa non è comunque in grado di soddisfare i requisiti imposti dalla Convenzione, in quanto, non essendo tale accordo pubblico, esso non è accessibile né le sue disposizioni prevedibili da parte degli individui.

Per quanto riguarda la violazione dell'art. 5, par. 2, CEDU, il quale prevede che ogni persona privata della libertà deve essere informata al più presto “dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico”, i ricorrenti lamentano l'assenza di qualsivoglia forma di comunicazione da parte delle Autorità italiane circa le ragioni del loro trattenimento: in particolare, osservano da un lato che i decreti di respingimento sono stati emessi al momento dell'esecuzione del rimpatrio e quindi non già all'inizio ma alla fine del periodo di detenzione, e dall'altro che tali decreti hanno comunque ad oggetto le

ragioni del rimpatrio e non del trattenimento; inoltre, lamentano che ogni informazione circa il loro stato di detenzione è provenuta da organizzazioni non governative, mentre la norma invocata richiede che sia la medesima Autorità pubblica ad effettuare tale adempimento.

Il Governo, da parte sua, ritiene invece che lo stato giuridico dei ricorrenti sia stato comunicato verbalmente dai funzionari di polizia all'atto dello sbarco e non sia mai mutato.

La Corte, richiamata la propria giurisprudenza e in particolare il fatto che l'obbligo di informazione sia intrinsecamente legato al diritto dell'individuo di contestare la legalità della sua privazione di libertà ai sensi del successivo par. 4, rileva che certamente i ricorrenti erano a conoscenza del loro status di migranti irregolari e del fatto che erano stati ammessi sul territorio nazionale in virtù e per le ragioni di cui all'art. 10, comma 2 T.U. sull'immigrazione. Tuttavia, tale livello informativo non può soddisfare i requisiti di cui all'art. 5, par. 2, CEDU, soprattutto perché indica i presupposti in fatto e in diritto dello statuto di migranti irregolari ma non della detenzione. Inoltre, la Corte rileva come tale comunicazione sia stata effettuata senza la prontezza richiesta dalla norma invocata. Pertanto, la pronuncia rileva la violazione dell'art. 5, par. 2, CEDU.

I ricorrenti censurano inoltre la condotta del Governo italiano anche sotto la lente dell'art. 5, par. 4, CEDU, per non essere stati posti in condizione di contestare la legalità della loro detenzione in quanto nessun provvedimento formale ad essa inerente è mai stato comunicato loro né pertanto poteva essere fatto oggetto di impugnazione. Il Governo da parte sua osserva che il provvedimento di respingimento notificato ai ricorrenti indicava la possibilità di contestarne la legalità, e che alcuni migranti tunisini hanno effettivamente proposto ricorso avanti al Giudice di pace di Agrigento, il quale ha anche accolto due di tali ricorsi.

La Corte, richiamati i principi generali elaborati dalla propria giurisprudenza, rileva immediatamente che la conclusione raggiunta con riguardo all'art. 5, par. 2, CEDU, ovvero il fatto che i ricorrenti non siano stati informati delle ragioni in fatto e in diritto della loro detenzione, non può che privare radicalmente di significato la possibilità di censurare la legalità della detenzione medesima. Ciò basta per accertare la violazione dell'art. 5, par. 4, CEDU. La Corte precisa, poi, che, anche a voler ritenere che la contestazione giudiziale della legalità dei decreti di respingimento possa in qualche modo implicare la censurabilità dei presupposti dello stato di detenzione, il fatto che tali decreti siano stati notificati poco prima dell'effettivo rimpatrio priva comunque nella necessaria effettività il mezzo processuale così ricostruito, che risulterebbe quindi in ogni caso inidoneo a soddisfare i requisiti della pertinente norma convenzionale.

Con riferimento al secondo profilo oggetto di violazione – l'art. 3 CEDU che pone il divieto di sottoporre l'individuo a tortura o a pene o trattamenti inumani e degradanti – i ricorrenti sollevano diverse censure. Rigettata preliminarmente per tardività la censura inerente il lato procedurale dell'art. 3 (parr. 101-102), la Corte prende ad esaminare le censure fondate sul fronte sostanziale di tale norma.

I ricorrenti lamentano che il CSPA era gravemente sovraffollato, oltre tre volte la sua capienza normale e una volta e mezzo quella massima, indicando cifre non smentite dal Governo; lamentano inoltre le inaccettabili condizioni igieniche e sanitarie del Centro, riferendo di essere stati costretti a dormire sul pavimento in cemento a causa della puzza e del sovraffollamento delle camere, di non aver avuto a disposizione una mensa né bagni funzionanti o accessibili; lamentano inoltre di aver sofferto per lo stato di incertezza circa la loro condizione e la loro sorte, per la durata della detenzione e per l'impossibilità di comunicare con l'esterno. Quanto alla successiva

detenzione sulle navi, essi contestano le condizioni di sovraffollamento nella quale sono stati costretti a vivere, l'impraticabilità dei servizi igienici, il fatto che i pasti fossero distribuiti gettando il cibo sul pavimento e la limitazione dell'accesso all'aria aperta a soli pochi minuti al giorno.

Il Governo controbatte con diversi argomenti: preliminarmente ricorda la presenza di associazioni non governative sull'isola di Lampedusa (la quale rientrava in un apposito programma di sostegno e accoglienza finanziato dall'Italia e dall'Unione europea), ed enumera i diversi interventi materiali e legislativi rivolti a migliorare le condizioni di soccorso e di assistenza ai migranti, sforzi riconosciuti e attestati da diversi rapporti internazionali. Inoltre, evidenzia come l'arrivo massivo di migranti nordafricani conseguente alle c.d. “primavere arabe” avesse dato origine ad un vero e proprio stato di emergenza. Ancora, il Governo afferma che il Centro di Lampedusa era al tempo perfettamente funzionante e in grado di accogliere i migranti in virtù di risorse umane e materiali sufficienti.

La Corte, richiamati i principi generali in materia di accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU, con particolare riguardo alle condizioni di detenzione e all'onere della prova, rileva preliminarmente che la situazione sull'isola di Lampedusa nel 2011 aveva raggiunto un notevole grado di emergenza e che tale situazione era aggravata, all'epoca dei fatti di causa, dall'incendio del 20 settembre. Ciononostante, osservano i giudici di Strasburgo, questi fattori non possono esonerare lo Stato dall'obbligo di garantire il rispetto dell'art. 3, il quale costituisce una delle disposizioni principali dell'architettura convenzionale.

La Corte esamina a questo punto separatamente le censure rivolte avverso la detenzione nel CSPA e quelle inerenti il soggiorno sulle navi.

Quanto al primo punto, la Corte richiama i rapporti redatti non solo da diverse organizzazioni internazionali ma altresì da una commissione parlamentare italiana, che in quanto fonte di provenienza dello stesso Stato convenuto deve essere tenuta in particolare rilievo: pur in assenza di dati certi circa lo spazio vitale assegnato a ciascun individuo, la Corte ritiene che il grado di sovraffollamento in uno con le gravi carenze igieniche attestate collochino la situazione dei ricorrenti al di sotto degli standard internazionali e di quelli previsti dalla Convenzione. La situazione, se da un lato può considerarsi attenuata dalla breve durata della permanenza, è del pari aggravata dal fatto che i migranti trattenuti erano reduci da un pericoloso viaggio in mare che ne ha accresciuto la vulnerabilità sul piano fisico e psichico. Per tali ragioni, la Corte dichiara che vi è stata la violazione dell'art. 3 CEDU.

Quanto al secondo punto – periodo di trattenimento sulla navi, durato da sei a otto giorni – la Corte rileva come la ricostruzione dei fatti offerta dai ricorrenti sia smentita dal contenuto di un'ordinanza del GIP di Palermo, che si era trovato a dover decidere sull'archiviazione di indagini condotte per i medesimi fatti, ordinanza che si fondava a sua volta sulla testimonianza di un membro del Parlamento italiano salito personalmente a bordo delle navi: escluso che il fatto che tale accesso si fosse realizzato con l'accompagnamento delle forze dell'ordine presenti possa aver alterato la percezione del parlamentare circa le reali condizioni dei migranti, la Corte rileva la maggiore attendibilità della ricostruzione così offerta dal Governo a fronte dell'assenza di riscontri che affligge quella proposta dai ricorrenti, rigettando così la relativa censura. La Corte osserva che, esclusa la sussistenza di condizioni di detenzione inumane e degradanti, il solo stato di incertezza e angoscia circa la propria condizione che poteva animare i ricorrenti non integra il livello di minima gravità necessario per configurare un'autonoma

violazione dell'art. 3 CEDU.

A riguardo della violazione dell'art. 4, prot. n° 4, CEDU – concernente il divieto di espulsioni collettive – i ricorrenti affermano di essere stati vittime di una espulsione collettiva meramente sulla base della loro nazionalità e senza alcuna considerazione circa le loro situazioni individuali, in applicazione delle procedure semplificate previste dall'accordo bilaterale italo-tunisino; lamentano in particolare di non essere mai stati sentiti dalle Autorità italiane, che si sono limitate a identificarli e a rilevarne le impronte digitali, attività che è stata poi ripetuta poco prima dell'imbarco verso la Tunisia alla presenza del Console tunisino; ciò si evince anche dal provvedimento di respingimento che, seppur redatto secondo un modulo standard, non riporta una disamina approfondita della loro condizione. Inoltre, i ricorrenti evidenziano che ulteriore riprova dell'esistenza di un'espulsione collettiva sarebbe fornita dall'elevato numero di tunisini contestualmente rimpatriati, dal fatto che l'operazione di rimpatrio era stata preannunciata da un'apposita nota ministeriale, dalla standardizzazione dei decreti di respingimento e dalla difficoltà per i ricorrenti di prendere contatti con un legale.

Il Governo, da parte sua, si limita ad affermare che le Autorità hanno condotto un esame individuale della situazione di ciascun ricorrente e che ciò risulterebbe dalla raccolta dei dati anagrafici e biometrici dei migranti, essendo peraltro confermato dal citato provvedimento di archiviazione del GIP di Palermo.

La Corte osserva in primo luogo che il numero di individui espulsi sulla base di decisioni simili non costituisce presupposto da solo sufficiente per accertare la violazione dell'art. 4, protocollo n° 4, CEDU. Tuttavia, la sola identificazione di ciascun migrante – benché costituisca un elemento a favore della tesi di governo – non è sufficiente ad escludere la natura collettiva dell'espulsione, soprattutto

quando ricorrano altri elementi, quali l'assenza di indicazioni circa la situazione individuale del migrante nel provvedimento di espulsione, l'assenza di prova dell'effettuazione di colloqui informativi individuali, il gran numero di connazionali coinvolti, l'affermazione di doversi procedere mediante “procedure semplificate” in virtù dell'accordo bilaterale italo-tunisino più volte citato. Questi elementi permettono alla Corte di escludere la sussistenza delle necessarie garanzie circa la presa in carico da parte dello Stato delle situazioni individuali dei ricorrenti, e di accertare pertanto la violazione dell'art. 4, protocollo n° 4, CEDU.

Infine ultimo motivo di censura concerne la violazione dell'art. 13 CEDU, in combinato disposto con gli articoli 3 e 5 della Convenzione e dell'art. 4 del protocollo addizionale n° 4. In merito i ricorrenti affermano di non aver avuto a disposizione un efficace rimedio interno per contestare la legalità del loro trattamento ai sensi degli artt. 3 e 5 CEDU e 4 del protocollo n° 4, in violazione del diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 13 CEDU.

La Corte rileva preliminarmente che, poiché l'art. 5, par. 4, CEDU, si pone quale “lex specialis” rispetto all'art. 13 CEDU, i fatti sottoposti al suo sindacato sotto la lente del combinato disposto tra l'art. 13 e l'art. 5 CEDU sono già stati esaminati con riguardo all'art. 5, par. 4, CEDU, e pertanto restano assorbiti.

Quanto agli altri profili, i ricorrenti rilevano come l'unico strumento processuale previsto per contestare la legalità dei decreti di respingimento fosse rappresentato dal ricorso al Giudice di pace, come anche indicato nei decreti medesimi e, tuttavia, da un lato tale mezzo non sia provvisto di efficacia sospensiva e sia quindi privo di effettività nei sensi indicati dalla giurisprudenza di Strasburgo, mentre dall'altro lato esso riguardi la sola espulsione non inerendo viceversa le condizioni di detenzione nei CSPA.

Il Governo ritiene invece che il ricorso al Giudice di pace sia idoneo a rappresentare mezzo di ricorso adeguato ai sensi dell'art. 13 CEDU.

La Corte, richiamati i principi generali circa la natura del mezzo di impugnazione e il concetto di effettività, si sofferma sulla propria giurisprudenza in materia di espulsioni, ai sensi della quale l'effettività del mezzo di ricorso avverso il rischio di espulsioni collettive o contrarie all'art. 3 CEDU implica necessariamente che esso sia dotato di effetto sospensivo.

Sulla base di tali principi, la Corte rileva l'assenza di qualsivoglia mezzo di ricorso tanto avverso le condizioni di trattenimento nel CSPA, quanto avverso l'esecuzione del respingimento, accertando la conseguente violazione dell'art. 13 CEDU in relazione, rispettivamente, agli artt. 3 e 4 Protocollo n° 4 CEDU.

Quanto all'esistenza di un mezzo di ricorso avverso la decisione di respingimento, considerata quale espulsione collettiva per le ragioni già esposte, la Corte rileva in primo luogo che i ricorrenti avrebbero potuto proporre ricorso avanti al Giudice di pace e che non è improbabile che in quella sede avrebbero potuto far valere le loro ragioni circa la mancanza di esame individuale della loro posizione. Tuttavia, la pacifica mancanza di efficacia sospensiva in tale mezzo di ricorso lo rende comunque privo del requisito di efficacia richiesto dalla giurisprudenza sopra citata, e pertanto anche in questo caso la Corte rileva la violazione dell'art. 13 CEDU³⁰.

2. Le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea

³⁰ Tratto da http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/26-/-/4209-lampedusa_la_corte_edu_condanna_l_italia_per_la_gestione_dell_emergenza_s_barchi_nel_2011/

2.1 Il caso N.S. c. Regno Unito e la difficile determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo

Il 21 dicembre del 2011 la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha emanato una decisione riguardo al caso N.S. contra UK³¹. Esso riguarda un cittadino afghano, che era fuggito dal suo Paese di origine passando per la Grecia, per andare in UK. Qui chiese asilo, ma venne respinto in Grecia. Infatti, secondo il regolamento Dublino II, la Grecia era lo Stato competente a decidere sulla questione. Il signor N.S. fece appello contro la decisione di essere trasferito in Grecia, adducendo che in caso di trasferimento sarebbe stato violato un diritto umano, ossia il diritto di asilo. Alcuni mesi prima, la Corte EDU aveva affermato, con riguardo al caso N.S. c. UK, che il trasferimento di un richiedente asilo in Grecia in base al regolamento Dublino, fosse contrario alla CEDU e doveva quindi essere sospeso. In particolare la Grecia avrebbe violato l'art. 3 CEDU, che sancisce il divieto di trattamenti inumani o degradanti. Nel frattempo la Corte di Appello inglese decise sul trasferimento, tenendo conto anche della violazione dell'art. 3 CEDU. Infatti la Corte di appello suddetta sospese il procedimento e rinviò la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Si trattava di sapere se la Corte di Giustizia dell'UE, avrebbe seguito la linea conduttrice della CEDU, compatibilmente con il trasferimento alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e quali fossero le conseguenze in tal caso. Il giudizio N.S. mise in evidenza le difficoltà nel determinare lo Stato responsabile per l'asilo. Infatti la Grande Camera della Corte EDU concluse che uno Stato membro non può trasferire un richiedente asilo in un altro Stato membro, in violazione della Carta.

L'importanza del caso in esame emerge dal fatto che era stato

³¹ Testo integrale della sentenza reperibile su <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-411/10>

assegnato alla Grande Camera e che erano intervenuti l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, Amnesty International e Centro AIRE. La prima questione riguardò se la decisione di uno Stato membro alla luce dell'art. 3 della CEDU, fosse conforme all'art. 6 TUE e l'art. 51 della Carta. Se lo Stato in questione avesse applicato il diritto europeo, il signor N.S. avrebbe potuto rivendicare il diritto solo sulla base della Carta. La Corte appurò che la Carta in materia di competenza di uno Stato a esaminare la domanda di un richiedente asilo per le decisioni nazionali, prevale sul regolamento Dublino anche qualora designi un diverso Stato competente. Nel caso concreto, quindi, anche se l'UK avesse deciso di trasferire la questione allo Stato competente, sarebbe comunque rimasto competente secondo la Carta. La seconda questione affrontata riguardava il caso di trasferimento della questione allo Stato competente: lo Stato richiesto dovrebbe verificare che lo Stato di destinazione sia un "safe country", che osservasse i diritti fondamentali; in caso contrario avrebbe dovuto occuparsene lo Stato richiesto per primo³².

La Corte ha poi chiarito che l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali impone agli Stati membri di non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro competente ai sensi del regolamento CE/343/2003, Dublino II, ogniqualvolta essi non possono ignorare che in tale Stato le carenze sistemiche nella procedura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza siano tali da far ragionevolmente supporre che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di detta disposizione. Ferma restando la facoltà degli Stati membri di esaminare direttamente la domanda ai sensi dell'art. 3, n° 2, del regolamento (c.d. clausola di sovranità), sugli stessi grava l'obbligo di esaminare gli altri criteri posti dal regolamento per

32 Cfr. S. Lieven, *Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10, M. E. and Others, 21 December 2011*, in *European Journal of Migration and Law*, Volume 14, 2012, pp. 223-234.

verificare se uno di questi permetta di identificare un altro Stato membro come competente all'esame della domanda di asilo, evitando però di aggravare la situazione del richiedente con una procedura di determinazione dello Stato membro competente che abbia una durata irragionevole³³.

2.2 Il Caso Cimade e Gisti c. Ministero dell'Interno e l'obbligo per gli Stati richiesti di esaminare la domanda di asilo

Il 27 settembre 2012 la Corte di Giustizia UE ha emesso la sentenza riguardo alla causa Cimade e Gisti contro Ministero dell'Interno³⁴. Si trattava di una richiesta di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva accoglienza e, in particolare, sull'ambito di applicazione di tale direttiva.

La domanda è stata proposta dal Conseil d'État francese, nell'ambito di una lite promossa da Cimade e Gisti, due importanti associazioni francesi, contro il Ministero dell'Interno e avente ad oggetto l'annullamento di una circolare del 3 novembre 2009 che esclude dall'ATA – Assegno Temporaneo d'Attesa – un richiedente asilo nel caso in cui la Francia chieda ad un altro Stato membro di prenderlo o riprenderlo in carico ai sensi del Regolamento Dublino.

Il Conseil d'État, sospeso il procedimento, rimette alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: a) se la direttiva accoglienza garantisca il diritto di beneficiare delle condizioni minime di accoglienza da essa previste ai richiedenti per i quali uno Stato membro, cui sia stata presentata una domanda di asilo, decida, in applicazione del Regolamento Dublino, di interpellare un altro Stato membro che esso ritenga competente per l'esame della domanda, per

³³ Cfr. P. MORI, *op. cit.*

³⁴ Testo integrale della sentenza reperibile su <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-179/11&language=IT>

l'intera durata della procedura di presa in carico o di ripresa in carico da parte di tale altro Stato membro; b) in caso di risposta affermativa, se l'obbligo incombente al primo Stato membro di garantire il beneficio delle condizioni minime di accoglienza cessi al momento della decisione di accettazione da parte dello Stato membro richiesto, al momento della presa in carico o della ripresa in carico effettiva del richiedente asilo, o a un'altra data; c) infine quale sia lo Stato membro cui incombe l'onere finanziario derivante dalla concessione delle condizioni minime di accoglienza durante tale periodo.

Il ragionamento della Corte si esplica partendo dall'ambito di applicazione della direttiva accoglienza definito dal suo art. 3, par. 1, che recita: “La presente direttiva si applica a tutti i cittadini di paesi terzi ed agli apolidi che presentano domanda di asilo alla frontiera o nel territorio di uno Stato membro, purché siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti asilo”.

Da ciò emergono due elementi: aver presentato una domanda di asilo ed essere autorizzati a rimanere nel territorio, in quanto richiedenti asilo.

Le condizioni minime di accoglienza previste dalla direttiva devono essere riconosciute, a norma dell'art. 13, par. 1 dal momento della presentazione della domanda di asilo. Pertanto non è sufficiente aver presentato una domanda di asilo alle autorità dello Stato membro competente a esaminarla, ai fini del deposito. La Corte fa quindi riferimento all'economia generale e alla finalità della direttiva accoglienza e sottolinea come tale direttiva mira “in particolare a garantire il pieno rispetto della dignità umana e a promuovere l'applicazione degli articoli 1 e 18 della Carta”.

La Corte rifiuta poi la possibilità che l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva accoglienza dei richiedenti asilo “Dublino” derivi dal fatto che la procedura per la determinazione dello Stato

competente sia rapida; al contrario il Regolamento Dublino prevede termini piuttosto lunghi, sia per la risposta dello Stato competente, sia per l'esecuzione del trasferimento.

Quanto all'elemento di essere autorizzati a rimanere nel territorio in qualità di richiedenti asilo, la Corte afferma che, in base al diritto UE, “i richiedenti asilo sono autorizzati a rimanere non soltanto nel territorio dello Stato membro nel quale la domanda di asilo viene esaminata, ma anche in quello dello Stato membro nel quale la domanda è stata depositata”.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea interpreta, quindi, la direttiva accoglienza nel senso che uno Stato membro, che riceve una domanda di asilo, è tenuto a garantire le condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo stabilite da tale direttiva anche ad un richiedente asilo per il quale detto Stato decida – in applicazione del regolamento Dublino – di indirizzare una richiesta di presa in carico o di ripresa in carico ad un altro Stato membro in quanto Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo di tale richiedente.

La Corte, dopo aver ricordato che, a norma della direttiva accoglienza e del Regolamento Dublino, è definito come richiedente asilo il cittadino straniero o apolide che abbia presentato una domanda di asilo in merito alla quale non è ancora stata presa una decisione definitiva, sottolinea come la richiesta di uno Stato membro volta ad ottenere la presa in carico da parte di un altro Stato membro, non metta certo fine all'esame della domanda di asilo da parte dello Stato autore della richiesta. Può infatti succedere, per motivi diversi, che il trasferimento non venga posto in essere. La Corte fa poi nuovamente riferimento all'economia generale e alla finalità della direttiva accoglienza, nonché ovviamente al rispetto dei diritti fondamentali, che ostano “a che un richiedente asilo venga privato – anche solo per un periodo temporaneo dopo la presentazione di una domanda di asilo, e prima

che egli venga effettivamente trasferito nello Stato membro competente – della protezione conferita dalle norme minime dettate dalla citata direttiva”. Di conseguenza sorge l'obbligo, per lo Stato membro dove sia stata presentata una domanda di asilo, di concedere le condizioni minime di accoglienza stabilite dalla direttiva accoglienza e cessa solo una volta avvenuto il trasferimento effettivo nello Stato membro competente.

Circa l'onere finanziario dell'accoglienza, la Corte dichiara fermamente che, in assenza di disposizioni in senso contrario, vige la regola generale per cui esso incombe sullo Stato destinatario dell'obbligo di soddisfare le incombenze derivanti dal diritto dell'Unione, dunque, nel caso di specie, allo Stato che è tenuto a garantire le condizioni minime di accoglienza. Pertanto l'obbligo per lo Stato membro, al quale sia stata presentata una domanda di asilo, di concedere le condizioni minime stabilite dalla direttiva accoglienza ad un richiedente asilo per il quale detto Stato decida, in applicazione del Regolamento Dublino di indirizzare una richiesta di presa in carico o di ripresa in carico ad un altro Stato membro in quanto Stato membro competente per l'esame della domanda di asilo di tale richiedente, cessa al momento del trasferimento effettivo di costui da parte dello Stato membro autore della suddetta richiesta, e l'onere finanziario derivante dalla concessione delle condizioni minime di cui sopra spetta a quest'ultimo Stato membro, sul quale grava l'obbligo suddetto.

I giudici si limitano infatti a dire che la direttiva accoglienza “prevede soltanto una categoria di richiedenti asilo, comprendente tutti i cittadini di paesi terzi e gli apolidi che depositano una domanda di asilo. Detta direttiva non contiene alcuna disposizione tale da far ritenere che una domanda di asilo possa considerarsi depositata soltanto se è stata presentata alle autorità dello Stato membro competente ad esaminarla”. Sembra che la Corte abbia voluto attenersi strettamente alla domanda

di pronuncia pregiudiziale avanzata – che aveva ad oggetto la “procedura Dublino” – senza andare oltre. Ai fini di stabilire da quando il richiedente ha diritto alle condizioni di accoglienza stabilite dalla direttiva accoglienza, una domanda di asilo deve ritenersi presentata nel momento in cui il cittadino di un paese terzo dichiara in modo inequivocabile e chiaro, al confine o all'interno del territorio di uno Stato membro, la sua intenzione di chiedere asilo³⁵.

2.3 Il caso Mohammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia e la difficile qualificazione del sistema di accoglienza italiano

La ricorrente, la signora Hussein³⁶, è una cittadina somala entrata in Italia nell'agosto nel 2008. Come da prassi, la signora Hussein veniva registrata una prima volta dopo l'accertamento del suo ingresso illegale in territorio italiano e trasferita in un centro di accoglienza per richiedenti asilo – CARA – dove veniva nuovamente registrata quale richiedente asilo. In seguito, chiedeva ed otteneva un permesso di soggiorno temporaneo per richiedenti asilo con validità di tre mesi, rinnovabile, che le consentiva di svolgere attività lavorativa in Italia, seguito poi da un permesso di soggiorno per protezione sussidiaria. La ricorrente lasciava l'Italia alla volta dei Paesi Bassi, dove presentava domanda d'asilo sostenendo di non aver ricevuto adeguata assistenza in Italia. In applicazione dei criteri di cui al Regolamento Dublino II, e in particolare dell'art. 10, i Paesi Bassi ritenevano l'Italia responsabile per la disamina della domanda di asilo della ricorrente e inoltravano la relativa richiesta, che veniva accettata dalle autorità italiane, con conseguente respingimento della domanda presentata dalla ricorrente

35 Tratto da <http://asiloineuropa.blogspot.it/2012/10/sentenza-della-corte-di-justizia-ue.html>

36 Testo integrale della sentenza reperibile su <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-146300&filename=001-146300.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

nel territorio olandese. La ricorrente contestava la decisione delle autorità olandesi; la domanda veniva respinta così come la richiesta di adottare una misura provvisoria nell'attesa di un giudizio d'impugnazione. A seguito della presentazione del ricorso, il presidente della Camera optava, tuttavia, per l'applicazione dell'art. 39 del regolamento della Corte, disponendo l'adozione di una misura provvisoria, nell'attesa di una migliore definizione della situazione, a tutela della ricorrente e del procedimento medesimo³⁷.

Nella decisione *Mohammed Hussein* del 2 aprile 2013³⁸, dopo aver esaminato le raccomandazioni dell'UNHCR del 2012, il rapporto del Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, N. Muiznieks, e di altri enti operanti nel settore, così come le prassi rilevanti di altri Stati contraenti, la Corte ha concluso nel senso che in Italia la situazione generale dei richiedenti asilo, dei rifugiati e dei titolari di protezione internazionale, nonostante le lacune, non dimostra carenze sistemiche tali da configurare una violazione dell'art. 3 CEDU. Richiamando la propria giurisprudenza sull'art. 3, la Corte ha individuato una “soglia” di gravità affinché l'espulsione da parte di uno Stato contraente dia luogo ad una violazione dell'art. 3, soglia che viene superata quando vi sono possibilità concrete che se un soggetto viene trasferito in un altro Stato, possa trovarsi di fronte al rischio reale di subire trattamenti inumani e degradanti contrariamente all'art. 3. Gli standard richiesti dalla Convenzione per accertare l'esistenza di una violazione dell'art. 3 presuppongono pertanto che il maltrattamento che il ricorrente afferma di aver subito raggiunga una soglia di gravità. Ciò premesso, la Corte ha ritenuto che il peggioramento della situazione

37 Cfr. E. CORCIONE, *L'Italia e il trattamento dei richiedenti asilo: sistema di accoglienza e valutazione del rischio*, Giurisprudenza di merito, fasc. 11, 2013, p. 2419.

38 Della questione è stata investita anche la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ricevuto numerosi ricorsi relativi a presunte violazioni dell'art. 3 CEDU conseguenti a trasferimenti “Dublino” verso l'Italia.

economica personale non sia sufficiente per rientrare nella protezione dell'art. 3, giungendo, in ultima analisi, ad escludere che l'art. 3 possa essere interpretato nel senso di imporre agli Stati contraenti l'obbligo di fornire un'abitazione ad ogni persona che si trovi nella loro giurisdizione o un obbligo generale di fornire ai rifugiati un'assistenza finanziaria per assicurare loro un certo standard di vita. In questo contesto anche la Commissione europea è intervenuta esprimendo le proprie preoccupazioni al riguardo, prima, aprendo il 15 febbraio 2012 un caso nel quadro del sistema EU PILOT, il sistema di pre-infrazione attivato dalla Commissione negli anni scorsi, e poi, nell'ottobre 2012, mettendo in mora l'Italia per aver violato varie disposizioni della direttiva procedure, della direttiva accoglienza, della direttiva qualifiche e del regolamento Dublino II in combinato disposto con gli artt. 3 e 4, che garantiscono il diritto all'integrità fisica e psichica e il divieto della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti, e con l'art. 18, che garantisce il diritto d'asilo, della Carta diritti fondamentali. Alla luce della giurisprudenza con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso che la situazione italiana configuri una violazione dell'art. 3 CEDU è verosimile che, qualora la procedura di infrazione dovesse arrivare in Corte di giustizia, questa possa orientarsi nello stesso senso. Ciò non esclude però che la Corte di giustizia possa ritenere che, pur non raggiungendo quella soglia di gravità che ne determina la qualificazione come minacce all'integrità della persona e/o trattamenti inumani e degradanti vietati dall'art. 3 CEDU e dagli artt. 3 e 4 della Carta dei diritti fondamentali, le carenze del sistema d'asilo italiano comportino violazioni di altri profili del diritto dell'Unione, nella specie degli obblighi derivanti dalle citate direttive e dal regolamento Dublino II in connessione con l'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali che riconosce in termini generali il diritto d'asilo³⁹.

39 Cfr. P. MORI, *op. cit.*

La Terza sezione dei giudici di Strasburgo aveva, quindi, ritenuto che in Italia, benché la situazione generale e le condizioni di vita di richiedenti e titolari di protezione internazionale fossero difficili, non si fosse in presenza di un fallimento sistemico nel fornire supporto o accoglienza ai richiedenti asilo. Ciò, unito al fatto che l'esame della domanda di protezione internazionale della ricorrente fosse stato effettuato in tempi rapidi e che la stessa avesse avuto accesso ad un centro di accoglienza, era stato ritenuto sufficiente per considerare manifestamente infondata la doglianza della ricorrente che, a parere dei giudici, non era stata in grado di dimostrare che, una volta in Italia, non avrebbe avuto accesso alle risorse disponibili o che, in caso di necessità, le autorità italiane non sarebbero state in grado di rispondere alle sue richieste. Si noti che, secondo la Corte, essendo in presenza di un nucleo familiare con minori, la ricorrente avrebbe trovato accoglienza con priorità nello SPRAR, pur senza alcuna garanzia in proposito da parte delle autorità italiane⁴⁰.

2.4 Il caso Abdullahi c. Bundesasylamt e la natura del diritto di asilo come diritto soggettivo

La sentenza in esame concerne il caso della cittadina somala Abdullahi contro il “Bundesasylamt” austriaco⁴¹. Dopo aver fatto ingresso illegalmente in Grecia attraverso la Turchia, la richiedente arriva in Austria, dove presenta domanda di protezione internazionale il 29 agosto 2011. Pochi giorni dopo, la competente autorità amministrativa austriaca chiede che la signora Abdullahi venga presa in carico dall'Ungheria. Tale Stato accetta adducendo che sussistono “elementi di prova sufficienti per dimostrare che l’interessata era entrata

40 Tratto da <http://asiloineuropa.blogspot.it/2014/11/sentenza-tarakhel-contro-svizzera-la.html>

41 Testo integrale della sentenza reperibile su <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=c-394/12>

illegalmente in Ungheria dalla Serbia, recandosi poi direttamente in Austria”. Sulla base di ciò, il “Bundesasylamt” rigetta la domanda di asilo della signora Abdullahi, disponendone il trasferimento verso l’Ungheria. A fronte del rigetto della domanda, la signora presenta ricorso all’“Asylgerichtshof”, lamentando inadeguatezze del sistema d’asilo ungherese con riferimento al rispetto dell’art. 3 della CEDU e la non attualità delle fonti utilizzate dal “Bundesasylamt” austriaco per valutare la situazione prevalente in Ungheria. Il ricorso viene accolto per vizi procedurali e il procedimento amministrativo riprende davanti al “Bundesasylamt”, dove si conclude di nuovo con il respingimento della domanda per irricevibilità della domanda di asilo e il trasferimento della richiedente verso l’Ungheria. La signora Abdullahi ricorre una seconda volta contro la decisione, questa volta adducendo che lo Stato membro competente ad analizzare la sua domanda di asilo non sarebbe l’Ungheria, bensì la Repubblica Ellenica; tuttavia, secondo Abdullahi la Grecia agirebbe in violazione dei diritti dell’uomo e pertanto spetterebbe comunque alle autorità austriache la presa in carico del suo caso. Questa volta l’“Asylgerichtshof” dichiara infondato il ricorso della signora, individuando l’Ungheria come Stato membro competente per l’analisi della sua domanda di asilo, in base all’art. 10, par. 1 del Regolamento. La ricorrente si rivolge, infine, alla Corte costituzionale austriaca invocando nuovamente la competenza della Repubblica Ellenica; questa Corte, ritenendo necessario un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, annulla la decisione dell’“Asylgerichtshof”, con la motivazione che è stata emessa in violazione del principio c.d. del giudice naturale della richiedente, ossia violando “il diritto della signora Abdullahi ad un procedimento dinanzi al suo giudice precostituito per legge”. A fronte delle considerazioni della Corte, il giudice del rinvio sospende il procedimento per rivolgere alla Corte di giustizia tre questioni

pregiudiziali. In primo luogo “se l’articolo 19 del regolamento n° 343/2003, letto in combinato disposto con l’articolo 18 di quest’ultimo, debba essere interpretato nel senso che, per effetto dell’accettazione formulata da uno Stato membro a norma delle disposizioni suddette, tale Stato membro è quello cui spetta, ai sensi dell’art. 16, par. 1, frase introduttiva, del citato regolamento, la competenza ad esaminare la domanda d’asilo; oppure se, sotto il profilo del diritto dell’Unione, allorché l’organo nazionale di riesame arriva a concludere – in un procedimento riguardante un ricorso o una revisione ai sensi dell’art. 19, par. 2, del citato regolamento n° 343/2003, e indipendentemente dalla suddetta accettazione – che la competenza spetta ad un altro Stato membro ai sensi del capo III del medesimo regolamento – anche qualora quest’ultimo Stato non sia stato investito di una richiesta di presa in carico oppure non formuli alcuna accettazione – detto organo di riesame sia tenuto a constatare in maniera vincolante la competenza di quest’altro Stato membro ai fini del procedimento dinanzi ad esso pendente finalizzato ad una decisione sul ricorso o sulla revisione in questione. Se, al riguardo, sussistano diritti soggettivi di ciascun richiedente asilo a che la propria domanda d’asilo venga esaminata da un determinato Stato membro competente in forza dei suddetti criteri di competenza.” In secondo luogo, se l’art. 10, par. 1, del regolamento n° 343/2003 debba essere interpretato nel senso che lo Stato membro nel quale avviene un primo ingresso illegale – “primo Stato membro” – è tenuto a riconoscere la propria competenza ad esaminare la domanda di asilo presentata da un cittadino di uno Stato terzo, qualora si verifichi la seguente situazione: un cittadino di un Paese terzo proveniente da uno Stato terzo entra illegalmente nel primo Stato membro di cui trattasi. Costui non presenta in tale Stato una domanda di asilo. Si trasferisce poi in uno Stato terzo. Dopo meno di tre mesi lascia uno Stato terzo ed entra illegalmente in un altro Stato membro

dell'Unione europea – c.d. “secondo Stato membro”. Da questo secondo Stato membro si reca immediatamente e direttamente in un terzo Stato membro, dove presenta la sua prima domanda di asilo. A questa data sono passati meno di dodici mesi dall'ingresso illegale nel primo Stato membro. In terzo luogo, se a prescindere dalla soluzione alla seconda questione suddetta, qualora il “primo Stato membro” menzionato in quest'ultima sia uno Stato membro il cui sistema di asilo presenta comprovate carenze sistemiche, analoghe a quelle descritte nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 gennaio 2011, M.S.S. c. Belgio e Grecia, si imponga una diversa valutazione relativamente allo Stato membro competente in via prioritaria ai sensi del regolamento n° 343/2003, nonostante la sentenza della Corte N.S. e a. c. UK. Se si possa in particolare presupporre, ad esempio, che un soggiorno in un siffatto Stato membro sia a priori inidoneo a integrare una fattispecie attributiva di competenza ai sensi dell'art. 10 del regolamento n° 343/2003.

Veniamo al ragionamento della Corte, con riferimento al diritto di accertamento del diritto di asilo. La Signora Abdullahi e la Commissione europea presentano alcune osservazioni preliminari alla Corte volte a sottolineare i seguenti punti fondamentali: a) richiamando l'art. 47 della Carta⁴², la richiedente sostiene che il Regolamento Dublino, definendo criteri oggettivi di determinazione dello Stato membro competente, fornisce ai richiedenti asilo veri e propri “diritti soggettivi”, anche con riferimento alle “condizioni che di fatto fanno venire meno la competenza”; b) secondo la

42 Art. 47 Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale: “Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”.

Commissione, inoltre, il principio di effettività di cui all'art. 19, par. 2 del Regolamento "implica che il richiedente asilo possa sollecitare un controllo della legittimità del suo trasferimento verso lo Stato membro richiesto".

Al contrario, i governi ellenico, britannico, ungherese e svizzero ritengono che il ricorso può avere ad oggetto soltanto "la decisione di non esaminare la domanda e l'obbligo di trasferimento", ricordando che il regolamento Dublino insiste sulla rapidità dell'esame delle domande di asilo. Rapidità che sarebbe ostacolata dalla possibilità di effettuare "ricerche relative allo Stato membro competente o a consultazioni con un altro Stato membro".

Con la prima questione pregiudiziale la Corte si chiede se l'art. 19, par. 2 del Regolamento Dublino debba essere interpretato nel senso che un richiedente asilo ha diritto di richiedere l'accertamento dello Stato membro competente in caso di ricorso contro il trasferimento disposto ai sensi del par. 1 del medesimo art. 19⁴³. La risposta della Corte si risolve in senso affermativo, ossia l'accertamento può essere richiesto, ma solo in presenza di una condizione vincolante: la scelta del criterio può, infatti, essere contestata soltanto in presenza di "carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo" nello Stato membro di rinvio e qualora tali carenze costituiscano "motivi seri e comprovati di credere che detto richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti". Per motivare tali conclusioni la Corte ricorda in primo luogo quali sono i diritti che il Regolamento Dublino attribuisce ai richiedenti asilo. Il Regolamento suddetto, infatti, stabilisce i diritti che i singoli Stati membri sono obbligatoriamente e direttamente tenuti a tutelare. In particolare la norma in esame conferisce ai richiedenti asilo il diritto ad

43 "1. Quando lo Stato membro richiesto accetta di prendere in carico il richiedente asilo, lo Stato membro nel quale la domanda d'asilo è stata presentata notifica al richiedente asilo la decisione di non esaminare la domanda e l'obbligo del trasferimento del richiedente verso lo Stato membro competente".

un solo ricorso, nella forma di un “un ricorso o una domanda di revisione avverso la decisione di non esaminare una domanda e di trasferire il richiedente verso lo Stato membro competente”. In base al tenore letterale e al senso generale della normativa, nonché secondo l’evoluzione del sistema europeo comune di asilo e del Regolamento Dublino, la Corte rileva, inoltre, tre aspetti fondamentali che vincolano l’interpretazione di tutte le norme del Regolamento Dublino: 1) il sistema europeo comune di asilo è stato costruito sulla base di un principio di “reciproca fiducia” tale per cui si suppone che “l’insieme degli Stati partecipanti, siano essi Stati membri o paesi terzi, rispetti i diritti fondamentali”. Il regolamento, secondo la Corte, si porrebbe l’obiettivo fondamentale di “accelerare il trattamento delle domande”, evitando la saturazione del sistema e accrescendo “la certezza del diritto quanto alla determinazione dello Stato competente”; 2) le norme applicabili si ritengono “in larga misura” armonizzate, in particolare in seguito all’adozione delle direttive 2011/95 e 2013/32. Pertanto la Corte deduce che “la domanda del richiedente asilo verrà esaminata, in ampia misura, in base alle stesse norme, indipendentemente da quale sia lo Stato membro competente”. La Corte richiama in proposito la c.d. clausola di sovranità e la “clausola umanitaria” di cui al Regolamento in esame, introdotte allo scopo appunto di “salvaguardare le prerogative degli Stati membri nell’esercizio del diritto di concedere l’asilo, indipendentemente dallo Stato membro competente”, attribuendo ai suddetti stati membri un “ampio potere discrezionale”. A conferma di ciò, la Corte rileva “l’intenzione del legislatore dell’Unione di stabilire [...] regole di carattere organizzativo che disciplinino i rapporti tra gli Stati membri”, ai fini della determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di asilo; allo stesso modo, riconosce la possibilità per gli stati di concludere “accordi amministrativi bilaterali” volti alla

“semplificazione delle procedure e all'accorciamento dei termini applicabili alla trasmissione e all'esame delle richieste di presa in carico o di ripresa in carico” o anche di ricorrere ad una “procedura di riconciliazione” in caso di disaccordo nell'applicazione del regolamento Dublino; 3) infine si riconosce come obiettivo essenziale del Regolamento Dublino il “rapido espletamento delle domande di asilo”, ossia l'individuazione di un meccanismo volto a “determinare con chiarezza, praticità e rapidità lo Stato membro competente”. Per tutte queste ragioni, considerato che nel caso di specie il secondo Stato ha accettato la presa in carico del richiedente rifiutato dallo Stato membro in cui era stato richiesto l'asilo e la Corte afferma che “il richiedente asilo può contestare la scelta di tale criterio soltanto deducendo l'esistenza di carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro che costituiscono motivi seri e comprovati di credere che tale richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti”.

La Corte conclude affermando che “l'articolo 19, paragrafo 2, del regolamento (CE) n° 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003 [...], dev'essere interpretato nel senso che, nelle circostanze in cui uno Stato membro abbia accettato la presa in carico di un richiedente asilo in applicazione del criterio di cui all'art. 10, par. 1, di detto regolamento, vale a dire, quale Stato membro del primo ingresso del richiedente asilo nel territorio dell'Unione europea, tale richiedente può contestare la scelta di tale criterio soltanto deducendo l'esistenza di carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro che costituiscono motivi seri e comprovati di credere che detto richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti, ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

europea⁴⁴.

2.5 Il caso Zuheyr Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet e la controversa applicazione della clausola di sovranità

La causa riguarda il signor Halaf⁴⁵, cittadino iracheno che chiedeva asilo in Bulgaria il 1° luglio 2010. Le autorità bulgare si dichiaravano non competenti a esaminare la sua domanda di asilo e rivolgevano alla Grecia, individuata come Paese responsabile, una richiesta di ripresa in carico. Da un'analisi del database EURODAC emergeva, infatti, che il richiedente aveva già presentato domanda di asilo in Grecia il 6 agosto 2008. In assenza di una risposta da parte delle autorità elleniche entro il termine previsto, il 21 luglio 2010 il “DAB”⁴⁶ disponeva il trasferimento del richiedente verso la Grecia. Il Signor Halaf proponeva allora ricorso per chiedere l’annullamento della decisione assunta dal DAB ed ottenere che si avviasse il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale in Bulgaria, in particolare facendo leva sull'appello dell'UNHCR ai governi europei contro i respingimenti verso la Grecia. Mancando, secondo il giudice del rinvio, i presupposti per applicare la clausola umanitaria di cui all’art. 15 del Regolamento⁴⁷, questi si rivolgeva alla Corte di Giustizia, chiedendo se fosse possibile in tale fattispecie l'applicazione dell'art. 3, par. 23 e proponendo quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione di tale norma. Le questioni pregiudiziali, in particolare erano: 1) “Se l’art. 3, par. 2, del regolamento Dublino II

44 Tratto da http://www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2013/12/Sentenza-Abdullahi_c.394.12.pdf

45 Testo integrale della sentenza reperibile su <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-528/11>

46 Agenzia nazionale per i rifugiati presso il Ministero dell'interno bulgaro.

47 Attuali art. 16 e 17, par. 2.

debba essere interpretato nel senso che consente che uno Stato membro assuma la competenza a esaminare una domanda di asilo quando, in capo al richiedente asilo, non si riscontrano circostanze personali che giustifichino l'applicazione della clausola umanitaria di cui all'art. 15 del regolamento e quando lo Stato competente [...] non ha risposto a una richiesta di ripresa in carico ai sensi dell'art. 20, par. 14, [...], e tale regolamento non contiene disposizioni relative al rispetto del principio di solidarietà ai sensi dell'articolo 80 TFUE⁴⁸; 2) “Quale sia il contenuto del diritto di asilo ai sensi dell'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea⁴⁹, in combinato disposto con l'art. 53 della Carta stessa, nonché in connessione con la definizione di cui all'art. 2, lett. c), e con il [...] considerando n° 12 del regolamento [...]”; 3) “Se l'art. 3, par. 2, del regolamento [...] in combinato disposto con l'art 78, par. 1, TFUE, che dispone l'obbligo di rispettare gli strumenti di diritto internazionale in materia di asilo, debba essere interpretato nel senso che gli Stati membri sono tenuti, nel procedimento per la determinazione dello Stato membro competente ai sensi del regolamento [...], a chiedere all'UNHCR di emettere un parere, qualora negli atti di tale Ufficio siano indicati fatti e conclusioni da cui risulta che lo Stato membro competente [...] viola disposizioni di diritto dell'Unione europea in materia di asilo”; 4) “In caso di risposta affermativa a tale terza questione, [...] e, qualora non si ottemperi al dovere di chiedere il parere dell'UNHCR, tale circostanza integri una violazione sostanziale della procedura per la determinazione dello Stato membro competente ai sensi dell'art. 3 del

48 L'art. 80 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea recita così: “Le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio”.

49 “Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea”.

regolamento [...] nonché una violazione del diritto ad una buona amministrazione e del diritto a un ricorso effettivo ai sensi degli artt. 41 e 47 della Carta, anche alla luce dell'art. 21 della direttiva procedure⁵⁰, che prevede il diritto di tale Ufficio di emettere un parere in sede di esame delle singole domande”.

In primo luogo, la Corte di Giustizia, riguardo ai presupposti dell'applicazione della “clausola di sovranità” – dopo aver ricordato che in base al par. 1 dell'art. 3 del Regolamento Dublino⁵¹, una domanda di protezione internazionale può essere esaminata da un solo Stato membro, che è quello individuato come Stato competente in base ai criteri di cui al capo III del Regolamento Dublino – passa ad esaminare la clausola di sovranità, affermando: a) che ciascuno Stato membro – benché non competente – ha la facoltà, in deroga al par. 1 e dunque all'applicazione dei criteri di cui al capo III, di esaminare una domanda di protezione internazionale; b) che “l'esercizio di tale facoltà non è soggetto a condizioni particolari”. Richiamando la proposta della Commissione nei lavori preparatori all'adozione del Regolamento Dublino II, la Corte rileva, infatti, che la clausola di sovranità era stata introdotta allo scopo di “consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda d'asilo”, conferendo in tal modo un vero e proprio potere discrezionale in capo agli Stati membri, indipendentemente dal fatto che “lo Stato membro

50 Attuale art. 29 della direttiva 2013/32/UE, che recita “1. Gli Stati membri consentono che l'UNHCR: a) abbia accesso ai richiedenti, compresi quelli trattenuti e quelli che si trovano alla frontiera e nelle zone di transito; b) abbia accesso, previo consenso del richiedente, alle informazioni sulle singole domande di protezione internazionale, sullo svolgimento della procedura e sulle decisioni prese; c) nell'esercizio della funzione di controllo conferitagli a norma dell'articolo 35 della convenzione di Ginevra, presenti pareri a qualsiasi autorità competente e in qualsiasi fase della procedura sulle singole domande di protezione internazionale”. 2. Il paragrafo 1 si applica anche a un'organizzazione che opera per conto dell'UNHCR nel territorio dello Stato membro interessato, conformemente a un accordo con lo Stato membro stesso”

51 Art. 3 par. 1 anche dell'attuale regolamento.

competente in forza dei criteri enunciati al capo III del regolamento abbia risposto o meno a una domanda di ripresa in carico di un richiedente asilo. Rispondendo alla prima domanda pregiudiziale, la Corte di Giustizia afferma dunque che è consentito ad uno Stato membro che non sia quello individuato come Stato competente secondo il Regolamento Dublino, di “esaminare una domanda d’asilo anche in assenza delle circostanze che rendono applicabile la clausola umanitaria” e anche qualora lo Stato membro individuato come competente “non abbia risposto a una domanda di ripresa in carico del richiedente asilo di cui trattasi”. In secondo luogo, con riferimento al contenuto del diritto di asilo la Corte non ritiene necessario rispondere alla seconda domanda sottoposta dal giudice del rinvio. Infatti, poiché la Corte ha stabilito nella risposta alla prima domanda la possibilità di applicare la clausola di sovranità senza che sussistano particolari condizioni, non è necessario esaminare se sia possibile applicare tale clausola solo qualora sia dimostrato che il diritto di asilo di cui all’art. 18 della Carta non è rispettato dallo Stato membro competente. In terzo luogo, sull’obbligatorietà o meno del parere dell’UNHCR durante il procedimento per la determinazione dello Stato membro competente, qualora dagli atti di tale Ufficio emerga che lo Stato membro individuato come Stato competente, viola le norme di diritto dell’Unione in materia di asilo. La Corte afferma che le “diverse forme di cooperazione tra l’UNHCR e gli Stati membri quando questi ultimi esaminano una domanda d’asilo [...] non si applicano in occasione del procedimento di determinazione dello Stato membro competente disciplinato dal regolamento, come precisato dal considerando n° 29 della direttiva procedure”. Pertanto, i giudici di Lussemburgo concludono che “lo Stato membro in cui si trova il richiedente asilo non è tenuto, nel corso del procedimento di determinazione dello Stato membro competente, a chiedere il parere

dell'UNHCR". Tuttavia, proseguono, "nulla impedisce a uno Stato membro di chiedere il parere dell'UNHCR qualora lo ritenga opportuno". I documenti dell'UNHCR, infatti, "godono di una pertinenza particolare", in quanto fanno "parte degli strumenti atti a consentire agli Stati membri di valutare il funzionamento del sistema di asilo nello Stato membro individuato come Stato competente" e servono, quindi, a "stimare i rischi reali ai quali è esposto un richiedente asilo nel caso di un suo trasferimento verso tale Stato membro". In quarto luogo, sulle conseguenze dell'omissione della richiesta del parere all'UNHCR, la Corte ritiene di non dover rispondere alla questione pregiudiziale, avendo appena affermato, con la risposta alla terza questione, la non obbligatorietà della richiesta di un parere all'UNHCR.

La Corte conclude: 1) "L'art. 3, par. 2 del regolamento Dublino II⁵² dev'essere interpretato nel senso che consente a uno Stato membro, che non è quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III di tale regolamento, di esaminare una domanda d'asilo anche in assenza delle circostanze che rendono applicabile la clausola umanitaria di cui all'art. 15 di detto regolamento⁵³. Tale possibilità non dipende dal fatto che lo Stato membro competente in forza di detti criteri non abbia risposto a una domanda di ripresa in carico del richiedente asilo di cui trattasi." 2) "Lo Stato membro in cui si trova il richiedente asilo non è tenuto, nel corso del procedimento di determinazione dello Stato membro competente, a chiedere il parere dell'Alto Commissario delle Nazioni unite per i rifugiati qualora dagli atti di tale Ufficio emerga che lo Stato membro individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III del regolamento

⁵² Attuale art. 17, par. 1 del Regolamento Dublino III.

⁵³ Attuali artt. 16 e 17, par. 2 del Regolamento Dublino III.

[Dublino] viola le norme di diritto dell'Unione in materia di asilo”⁵⁴.

2.6 Il caso A, B e C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie e il timore di persecuzione legato all'orientamento sessuale

La causa riguarda A, B e C⁵⁵, cittadini di Paesi terzi, che presentano domanda di asilo nei Paesi Bassi, adducendo a fondamento il timore di essere perseguitati nel rispettivo Paese di origine a causa della loro omosessualità. A presenta due distinte domande fondate sul suo orientamento sessuale, entrambe respinte a motivo dell'assenza di credibilità anche se A, nella seconda, si è dichiarato disponibile a sottoporsi a un “test” idoneo a comprovare la sua omosessualità e, allo stesso fine, a compiere un atto omosessuale. Anche la domanda di B è respinta in prima istanza perché non credibile in quanto B, che proviene da una famiglia musulmana e da un Paese dove l'omosessualità non è accettata, avrebbe dovuto fornire maggiori dettagli sui suoi sentimenti e sul processo interiore relativo al suo orientamento sessuale. C presenta due distinte domande di asilo, ma solo la seconda – anch'essa respinta – è fondata sul suo orientamento sessuale. In questo caso l'assenza di credibilità si evince proprio dall'atteggiamento incoerente del richiedente, che avrebbe dovuto dichiarare il suo orientamento sessuale nel corso del primo procedimento. Peraltro, viene ritenuto irrilevante il fatto che C abbia prodotto un video che lo rappresenta mentre compie atti sessuali con un uomo. Al contrario, viene ritenuto rilevante che il medesimo non abbia saputo rispondere a domande sulle organizzazioni che nei Paesi Bassi operano in difesa dei diritti degli omosessuali. A, B e C

54 Tratto da <http://www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2014/07/Halaf-C-528.11.pdf>

55 Testo integrale della sentenza reperibile su <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-148/13>

presentano ciascuno un ricorso giurisdizionale contro le decisioni assunte dall'autorità amministrativa e, in seguito, propongono appello contro le sentenze di rigetto del giudice di primo grado. In tutte e tre le cause, il giudice di appello decide di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte un'identica questione pregiudiziale. La questione pregiudiziale “Quali limiti siano posti dall’art. 4 della direttiva 2004/83 e dalla Carta, e segnatamente dai suoi articoli 3 e 7, alle modalità di valutazione della credibilità di un orientamento sessuale asserito e se detti limiti siano diversi dai limiti vigenti per la valutazione della credibilità di altri motivi di persecuzione e, in tal caso, sotto quale profilo”.

Con questa domanda di pronuncia pregiudiziale la Corte ha fornito ulteriori precisazioni in merito alle condizioni di attribuzione dello status di rifugiato a richiedenti che invocano il proprio orientamento sessuale a fondamento del rischio di persecuzione nel Paese di origine. In particolare, la Corte è stata chiamata dal giudice del rinvio olandese a pronunciarsi sulla conformità con il diritto dell'Unione – l’art. 4 della direttiva qualifiche 2004/83/CE⁵⁶ e artt. 1 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – di alcune modalità di valutazione delle dichiarazioni e delle prove documentali prodotte a sostegno del proprio orientamento sessuale dai tre richiedenti asilo. Chiarito che l'orientamento sessuale dei richiedenti non può considerarsi un fatto assodato solo sulla base delle loro dichiarazioni – che rappresentano solo il punto di partenza nella valutazione – la Corte conclude escludendo la compatibilità con il diritto dell'Unione delle seguenti modalità di valutazione dell'omosessualità adottate dall'autorità giudicante o proposte dagli stessi richiedenti: 1) le valutazioni che si basano esclusivamente su stereotipi riguardo agli omosessuali violano il dovere di esame individuale e circostanziato contemplato sia dalla

⁵⁶ Ad oggi sostituita dalla Direttiva 2011/95/UE.

direttiva qualifiche sia dalla direttiva procedure 2005/8/CE⁵⁷; 2) gli interrogatori dettagliati relativi alle pratiche sessuali del richiedente sono incompatibili con il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dalla Carta; 3) la possibilità di accettare che il richiedente si sottoponga a un “test” idoneo a dimostrare la sua omosessualità e/o produca registrazioni video dei suoi atti intimi si pone in contrasto con il diritto al rispetto della dignità umana garantito dalla Carta; 4) la possibilità di dedurre l'assenza di credibilità dalla semplice circostanza che il richiedente non abbia invocato il proprio orientamento sessuale alla prima occasione concessagli viola nuovamente il dovere di esame individuale e circostanziato.

Analizziamo ora il ragionamento operato dalla Corte. Questa – una volta ribadito che la direttiva qualifiche deve essere interpretata nel rispetto sia della Convenzione di Ginevra e degli altri trattati internazionali pertinenti sia dei diritti contemplati dalla Carta, e che le garanzie procedurali minime da adottare nei confronti di ciascun richiedente asilo sono disciplinate non da questa direttiva, ma dalla direttiva procedure – risponde al quesito sottopostole, basandosi su due questioni fondamentali: a) se le dichiarazioni e gli elementi di prova documentali o di altro tipo, allegati dal richiedente asilo a fondamento del suo orientamento sessuale, possano formare oggetto di un processo di valutazione; b) se nello svolgimento di questa valutazione le autorità competenti debbano rispettare dei limiti precisi. Partendo dal primo aspetto, ossia la possibilità di sottoporre l'orientamento sessuale a una valutazione, la Corte constata che, ai sensi dell'art. 4, parr. 1 e 5 della direttiva qualifiche, le autorità nazionali competenti per l'esame di una domanda di asilo non sono obbligate a considerare l'orientamento sessuale come un fatto associato solo sulla base delle dichiarazioni del richiedente. Tali dichiarazioni possono invece essere considerate come

⁵⁷ Ad oggi sostituita dalla Direttiva 2013/32/UE.

punto di partenza per l'esame dei fatti e delle circostanze e possono dunque essere "oggetto di un processo di valutazione". Ciò riguarda tutte le richieste di asilo, quale che sia il motivo di persecuzione invocato. Quanto al secondo aspetto concernente i limiti del processo di valutazione, la Corte sottolinea che le modalità di valutazione delle dichiarazioni e degli elementi di prova documentali o di altro tipo relativi a una domanda di asilo, da un lato devono essere conformi alle disposizioni delle direttive qualifiche e procedure, nonché ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta, quali il rispetto della dignità umana e della vita privata e familiare e, dall'altro lato, devono essere adeguate alle caratteristiche di ciascuna categoria di richiesta d'asilo. Dunque, è necessario che le autorità competenti adeguino le modalità di valutazione alle caratteristiche delle diverse richieste di asilo, ma sempre nel rispetto delle regole, in primis dei diritti fondamentali. Inoltre, la Corte ricorda che, ai sensi della direttiva qualifiche, nel corso dell'accertamento delle circostanze di fatto che possono costituire elementi di prova a sostegno della domanda di asilo, le autorità competenti a decidere devono: a) cooperare con il richiedente (art. 4 par. 1); b) tenere conto della sua situazione individuale e delle circostanze personali, in particolare l'estrazione, il sesso e l'età (art. 4, par. 3, lett. c); c) non pretendere una conferma delle dichiarazioni del richiedente, pur non suffragate da prove, nel caso in cui siano soddisfatte le condizioni elencate all'art. 4, par. 5, lettere a)-e). Queste riguardano condizioni che fanno riferimento all'attendibilità e sincerità del richiedente e alla coerenza delle sue dichiarazioni con il contesto pertinente. Quindi, la Corte entra nello specifico delle modalità di valutazione adottate dalle autorità o proposte dagli stessi richiedenti nei procedimenti principali, fornendo così le risposte al giudice del rinvio.

Si conclude che gli interrogatori fondati su stereotipi riguardo agli

omosessuali, sebbene possano “costituire un elemento utile a disposizione delle autorità competenti” ai fini della valutazione, non possono costituire la sola base di tale valutazione. In quanto altrimenti non verrebbe rispettato l'obbligo, di cui si è detto sopra, di considerare la situazione individuale e le circostanze personali del richiedente. Insomma, gli stereotipi – secondo i giudici di Lussemburgo – possono aiutare gli organi competenti a esaminare le domande di asilo quando queste sono basate su un timore di persecuzione legato al proprio orientamento sessuale; ma non fino al punto da poter ritenere non credibile un richiedente per il solo fatto che non ha saputo rispondere a domande basate su tali stereotipi.

Circa gli interrogatori dettagliati relativi alle pratiche sessuali del richiedente asilo sono incompatibili con il diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito dalla Carta (art. 7).

Con riferimento al terzo aspetto, la possibilità per le autorità nazionali competenti di accettare che il richiedente asilo provi la propria omosessualità mediante il compimento di atti omosessuali, l'assoggettamento a un “test di omosessualità”, ovvero la produzione di registrazioni video di atti intimi è incompatibile con il diritto al rispetto della dignità umana, contemplato dalla Carta (art. 1). Peraltro, secondo i giudici, ammettere questa possibilità equivarrebbe, di fatto, a imporre la produzione di questo genere di prove a ogni richiedente.

Infine la possibilità per le autorità nazionali competenti di considerare un richiedente asilo non credibile, per il solo fatto di non aver rivelato il proprio orientamento sessuale alla prima occasione concessagli per esporre i motivi di persecuzione – senza quindi tenere nel dovuto conto la delicatezza della questione e la naturale reticenza a rivelare aspetti intimi della propria vita – è di nuovo incompatibile con il diritto dell'Unione. Infatti, l'obbligo dei richiedenti asilo di presentare tutti gli elementi alla base della domanda – di cui all'art. 4, par. 1 della direttiva

qualifiche – è “temperato” dal dovere di “condurre il colloquio tenendo conto della situazione personale o generale in cui si inserisce la domanda, segnatamente della vulnerabilità del richiedente”. Pertanto, la mancata tempestività nella rivelazione del proprio orientamento sessuale potrà inficiare l'attendibilità del richiedente, ma mai essere l'unico motivo alla base di una valutazione di non credibilità.

La Corte, alla luce delle argomentazioni sopra esposte, risponde alla questione pregiudiziale posta in ciascuno dei procedimenti da C-148/13 a C-150/13 come segue: “– L’art. 4, par. 3, lettera c), della direttiva 2004/83 e l’art. 13, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2005/85 devono essere interpretati nel senso che ostano a che, nell’ambito dell’esame, effettuato dalle autorità nazionali competenti, che agiscono sotto il controllo del giudice, dei fatti e delle circostanze riguardanti l’asserito orientamento sessuale di un richiedente asilo, la cui domanda è fondata su un timore di persecuzione a causa di tale orientamento, le dichiarazioni di tale richiedente nonché gli elementi di prova documentali o di altro tipo presentati a sostegno della sua domanda siano oggetto di una valutazione, da parte di dette autorità, mediante interrogatori fondati unicamente su nozioni stereotipate riguardo agli omosessuali. – L’art. 4 della direttiva 2004/83, alla luce dell’art. 7 della Carta, deve essere interpretato nel senso che osta a che, nell’ambito di tale esame, le autorità nazionali competenti procedano a interrogatori dettagliati sulle pratiche sessuali di un richiedente asilo. – L’art. 4 della direttiva 2004/83, alla luce dell’art. 1 della Carta, deve essere interpretato nel senso che osta a che, nell’ambito di tale esame, dette autorità accettino elementi di prova, quali il compimento di atti omosessuali da parte del richiedente asilo considerato, il suo sottoporsi a “test” per dimostrare la propria omosessualità o ancora la produzione da parte dello stesso di registrazioni video di tali atti. – L’art. 4, par. 3

della direttiva 2004/83 nonché l'art. 13, par. 3, lettera a), della direttiva 2005/85 devono essere interpretati nel senso che ostano a che, nell'ambito del predetto esame, le autorità nazionali competenti concludano che le dichiarazioni del richiedente asilo considerato manchino di credibilità per il solo motivo che il suo asserito orientamento sessuale non è stato fatto valere da tale richiedente alla prima occasione concessagli per esporre i motivi di persecuzione”⁵⁸.

⁵⁸ Tratto da http://www.asiloineuropa.it/wp-content/uploads/2013/12/A-B-e-C_C-148_13.pdf

Conclusioni

L'indagine svolta ha consentito di evidenziare le problematiche ancora ancora irrisolte, concernenti la protezione dei richiedenti asilo. Nel corso del primo capitolo sono state esaminate le fonti internazionali ed europee rilevanti in materia. La più importante tra tali fonti è la Convenzione di Ginevra del 1951 che per la prima volta definisce lo status di rifugiato come colui che fugge da persecuzioni e guerre. Le fonti che vi sono succedute, in particolare quelle europee, avevano lo scopo di limitare il fenomeno dei cosiddetti “rifugiati in orbita”, in base al quale i richiedenti asilo venivano – e vengono tuttora – continuamente rimbalzati da uno Stato all'altro, senza che nessun Paese riconosca la propria competenza ad occuparsene e concedere loro protezione. Problema che nella prassi non è ancora stato eliminato. Di ciò si ha riscontro nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare, nel citato caso M.S.S. c. Belgio e Grecia del 2011, dove il richiedente asilo veniva trasferito dal Belgio alla Grecia in violazione del principio di non refoulement, secondo cui un cittadino non può essere trasferito in un altro Paese dove si ha il rischio che possa subire trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU). Infatti la Grecia era nota per essere carente nel sistema di accoglienza, posto che si registrava una sproporzione tra le richieste di asilo e il numero di posti disponibili nei centri di accoglienza. Ancora nel caso Hirsi Jamaa e a. c. Italia, dove l'Italia ha respinto dei migranti – intercettati in alto mare – in Libia, Paese di loro provenienza, in violazione del principio di non refoulement, pur sapendo, infatti, che i richiedenti asilo avrebbero ivi subito trattamenti inumani e degradanti.

Un'altra violazione che è molto comune nella prassi concerne la clausola di sovranità, in base alla quale lo Stato che riceve la richiesta di asilo, in deroga alle regole generali, può decidere sull'asilo. Lo

scopo della clausola è quello di consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, indipendentemente dal fatto che lo Stato membro competente, in forza dei criteri enunciati al capo III del regolamento Dublino, abbia risposto o meno a una domanda di ripresa in carico di un richiedente asilo. Sul piano fattuale ciò si è verificato con riferimento al caso Sharifi c. Italia e Grecia, dal momento in cui l'Italia ha disposto l'espulsione immediata del soggetto in questione verso la Grecia, che ancora una volta risulta essere priva delle condizioni minime necessarie per l'accoglienza dei rifugiati, come già detto sopra.

Dal comportamento degli Stati di cui sopra, ma facendo più ampio riferimento a tutti gli Stati, ritenendo che i casi sopracitati siano solo alcuni esempi di una realtà più vasta, deduco che, evidentemente, non è chiaro quanto i richiedenti asilo siano soggetti vulnerabili, bisognosi di protezione, e quanto non debbano vedersi leso un diritto fondamentale come quello di asilo – perlopiù disciplinato nelle varie fonti e pertanto esplicito – a causa di mere questioni preliminari che concernono la competenza a esaminare una domanda di asilo. Essendo, poi, prevista anche una clausola *ad hoc*, quale quella di sovranità che ha lo scopo proprio di evitare il pregiudizio del diritto di asilo, spesso dovuto alle lungaggini della procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato, e alla necessaria previa determinazione dello Stato competente. Ciò che intendo dire è che gli Stati fanno scarso uso della clausola di sovranità, che è uno strumento “concreto” che potrebbe risolvere la questione dei rifugiati in orbita. In connessione a questo aspetto è opportuno ribadire che indipendentemente dal fatto che un richiedente asilo sia riconosciuto come rifugiato, e lo sia effettivamente, comunque il rispetto della sua dignità è un *quid* “preliminare” che prescinde da tale riconoscimento; pertanto un

richiedente asilo che viene riconosciuto come rifugiato sarà destinatario di una pronuncia dichiarativa in tal senso, e non costitutiva. Tuttavia, nella prassi, non mi sembra che ciò sia stato messo in pratica, in quanto i richiedenti asilo vengono umiliati, spesso subendo violenze nei centri di accoglienza da parte dei poliziotti, che tutto sembrano fare meno che accogliere. Emblematico ancora una volta il citato caso M.S.S c. Belgio e Grecia, in cui il ricorrente adduceva di essere stato accolto, una volta giunto in Grecia, in un Centro di accoglienza di 110 mq, insieme ad altre 145 persone, costretto a dormire sul suolo e malnutrito. Le condizioni sono senza dubbio degradanti e inumane, e non certo adeguate per esseri umani che fuggono da guerre e persecuzioni. Tali soggetti, infatti, lasciano il proprio Paese per trovare accoglienza e condizioni migliori, ma nella realtà, come ho potuto apprendere dallo studio che ho effettuato, il diritto di asilo è un diritto che definirei “a rischio” e che nella maggior parte dei casi risulta essere inattuato.

Con riferimento alla realtà italiana il sistema di accoglienza risulta essere precario; a mio avviso ciò è dovuto al fatto che l'art. 10, comma 3 della Costituzione – che recita: “Lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge” – ancora non ha una legge che lo regoli e ne stabilisca le condizioni una volta per tutte¹. Questo se la si intende come norma programmatica. Secondo altri infatti la norma avrebbe natura precettiva, pertanto i giudici si troverebbero a dover applicare direttamente la Costituzione.

Sicuramente contribuisce all'inattuazione del diritto di asilo tra i vari ordinamenti nazionali, anche il fatto che ancora non sia stato reso

¹ Alcuni autori tra cui A. M. CALAMIA ritengono che la norma sia precettiva e che non necessiti di una legge che la attui. Per un ulteriore approfondimento sul tema si veda A.M. CALAMIA, *Ammissione e allontanamento degli stranieri*, Milano, Giuffrè, 1980.

effettivo un sistema comune di asilo, infatti la disomogeneità delle condizioni di accoglienza tra gli Stati membri comporta diversi esiti di una stessa domanda di asilo. Furono gli stessi Stati a non voler prendere decisioni condivise. Per questo lo stesso Consiglio si vide costretto ad adottare una risoluzione relativa alle garanzie minime di natura procedurale per l'esame delle domande di asilo. Anche l'adozione del Libro Verde da parte della Commissione nel 2007 relativa al rispetto di alcune garanzie nel procedimento di riconoscimento del diritto di asilo, non ha avuto gli esiti sperati, ma ha sicuramente evidenziato quanto sia importante giungere a un regime comune dove le legislazioni nazionali siano finalmente uniformi, sia a livello di analisi delle domande, sia a livello di trattamento dei rifugiati e richiedenti asilo. Ciò ovviamente operando un bilanciamento tra la tutela dei diritti umani e l'esigenza di sicurezza interna.

Altro problema che mi pare non sia stato risolto nonostante la presenza di fonti *ad hoc*, è quello del divieto di espulsioni collettive disciplinato all'art. 4 Protocollo n° 4. Lo scopo di tale divieto è quello di tutelare gli stranieri permettendo loro, tramite un colloquio *individuale*, di esprimere le loro ragioni prima di una qualsiasi decisione, in special modo in vista di un provvedimento di espulsione. Ciò è accaduto con riferimento ai casi Hirsi Jamaa c. Italia e Sharifi c. Italia e Grecia. In entrambi i casi l'Italia non ha proceduto all'identificazione dei soggetti, e li ha espulsi come gruppo, senza ascoltare le loro ragioni.

In altre parole ciò che è emerso dal mio elaborato è che il diritto di asilo non viene sempre rispettato e sarebbe opportuno, con riferimento all'Italia in particolare, che si adottasse una legge in materia, affinché venga garantito sul piano fattuale tale diritto fondamentale.

Bibliografia

1. Balbo P., *I cittadini non comunitari*, Torino, Giappichelli, 2011
2. Benedetti, E., *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, Milano, Cedam, 2010
3. Benvenuti, M., *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007
4. Calamia A.M., *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, Giuffrè, 1980
5. Cherubini, F., *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, Cacucci, 2012
6. Comte F., *A New Agency Is Born in the European Union: The European Asylum Support Office*, in *European Journal of Migration and Law*, Volume 12, Martinus Nijhoff, Leiden, 2010.
7. Consorzio italiano di solidarietà., *La protezione negata. Primo rapporto sul diritto di asilo in Italia*, Milano, Feltrinelli, 2005
8. Corcione E., *L'Italia e il trattamento dei richiedenti asilo: sistema di accoglienza e valutazione del rischio*, in *Giurisprudenza di Merito*, fasc.11, 2013, pag. 2419
9. Germano Cortese E., Ratti G., Veglio M., Vitro S., *Lo straniero e il giudice civile. Aspetti sostanziali e procedurali di diritto dell'immigrazione*, Milanofiori Assago, 2014
10. Hein C., *Rifugiati. Vent'anni di storia del diritto di asilo in Italia*, Roma, Donzelli, 2010.
11. Lenzerini F., *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, fasc.3, 2012, pag. 721
12. Lenzerini F., *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza*

- Hirsi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in Riv. dir. internaz., fasc.3, 2012, pag. 721
13. Lieven S., *Case Report on C-411/10, N.S. and C-493/10, M. E. and Others, 21 December 2011*, in European Journal of Migration and Law, Volume 14, Martinus Nijhoff publishers, Leiden/Boston, 2012
14. Liguori A., *La corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la libia del 2009: il caso Hirsi*, in Riv. dir. internaz., fasc.2, 2012, pag. 415
15. Mori P., *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in Il diritto dell'unione europea, fasc.1, 2014, pag. 127
16. Petrović N., *Rifugiati, profughi, sfollati. Breve storia del diritto d'asilo in Italia dalla Costituzione ad oggi*, Milano, FrancoAngeli, 2011
17. Rossi E., Vitali L., *Rifugiati in Italia e in Europa. Procedure di asilo fra controllo e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2011
18. UNCHR, *Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status. Under the 1951 Convention and the 1967 protocol relating to the status of refugees*, Geneva, Unhcr, 2011

Giurisprudenza citata

- Sentenza CEDU del 2 maggio del 1997, *D. c. Regno Unito*, causa n ° 30240/96
- Sentenza CEDU del 7 marzo 2000, *T.I. c. Regno Unito*, ricorso n° 43844/98
- Sentenza CEDU del 30 giugno 2005, *Boshporus c. Irlanda*,

causa C- 84/95

- Sentenza CEDU del 28 Febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, causa C-37201/06
- Sentenza CEDU del 21 dicembre 2011, *N.S. c. UK*, causa C-411/10
- Sentenza CEDU del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n° 30696/09
- Sentenza CEDU del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa c. Italia*, ricorso n° 27765/09
- Sentenza CEDU del 21 ottobre 2014, *Sharifi c. Italia e Grecia*, ricorso n° 16643/09
- Sentenza CEDU del 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n° 29217/12
- Sentenza CEDU del 1 settembre 2015, *Klhaifia c. Italia*, ricorso n° 16483/12
- Sentenza della Corte di Giustizia del 6 maggio 2008, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-133/06
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 21 dicembre 2011, *N. S. c. UK*, causa C-411/10
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 27 settembre 2012, *Cimade e Gisti c. Ministero dell'Interno*, causa C-179/11
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 2 aprile 2013, *Hussein c. Paesi Bassi e Italia*, ricorso n° 27725/10
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 10 dicembre 2013, *Abdullahi c. Bundesasylamt*, causa C-394/12
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 30 maggio 2013, *Zuheyra Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, causa C-528/11

- Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 2 dicembre 2014, *A, B e C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C-148/13

Atti e documenti normativi

- Accordi di Schengen, 14 giugno 1985, oggetto controllo delle persone
- Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre del 2000
- Convenzione europea sullo status dei rifugiati, Ginevra, 1951
- Convenzione sulla determinazione dello stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli stati membri delle Comunità Europee, Dublino, 1990
- Council Directive 2004/83/CE of 29 April on minimum standards for the qualifications and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted
- Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, firmata a Parigi il 10 dicembre 1948
- Direttiva qualifiche 2011/95, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)
- Direttiva procedure 2013/32 che sostituisce la direttiva

2005/85, e reca procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)

- Direttiva accoglienza 2013/33 che sostituisce la direttiva 2009/3, e reca norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)
- Decreto legislativo 18/2014 sull'attuazione della direttiva 2011/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.
- Decreto legge 119/2014, recante disposizioni urgenti in materia di contrasto a fenomeni di illegalità e violenza in occasione di manifestazioni sportive, di riconoscimento della protezione internazionale, nonché per assicurare la funzionalità del Ministero dell'interno
- Decreto legislativo 142/2015 sull'attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale
- Protocollo relativo allo status di rifugiato adottato a New York il 31 gennaio 1967 ed entrato in vigore il 4 ottobre 1967. Reso esecutivo in Italia con legge n°95 del 14/02/1970
- Regolamento Dublino III 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che sostituisce il Regolamento Dublino II e stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno

degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide

- Risoluzione del Consiglio del 20 giugno 1995, sulle garanzie minime per le procedure di asilo
- Trattato di Maastricht, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, è entrato in vigore il 1° novembre 1993. Istituisce una cittadinanza europea, rafforza i poteri del Parlamento europeo e vara l'unione economica e monetaria (UEM). Inoltre, la CEE diventa Comunità europea (CE)
- Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora 15 paesi dell'unione europea ed entrato in vigore il 1° maggio 1999. Modifica il Trattato sull'Unione Europea, i trattati che istituiscono le comunità europee e alcuni atti connessi
- Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, modifica il Trattato sull'Unione Europea e il trattato che istituisce la Comunità europea,.

Sitografia

- <https://www.unhcr.it>
- www.echr.coe.int
- <http://www.paesidasilo.it>
- <http://documenti.camera.it>
- <http://www.gazzettaufficiale.it>
- <http://www.programmaintegra.it>
- <http://www.meltingpot.org>
- <http://www.penalecontemporaneo.it>

- <http://www.dirittoegiustizia.it>
- <http://asiloineuropa.blogspot.it>
- <http://www.asiloineuropa.it>
- <http://hudoc.echr.coe.int>
- <http://curia.europa.eu/>